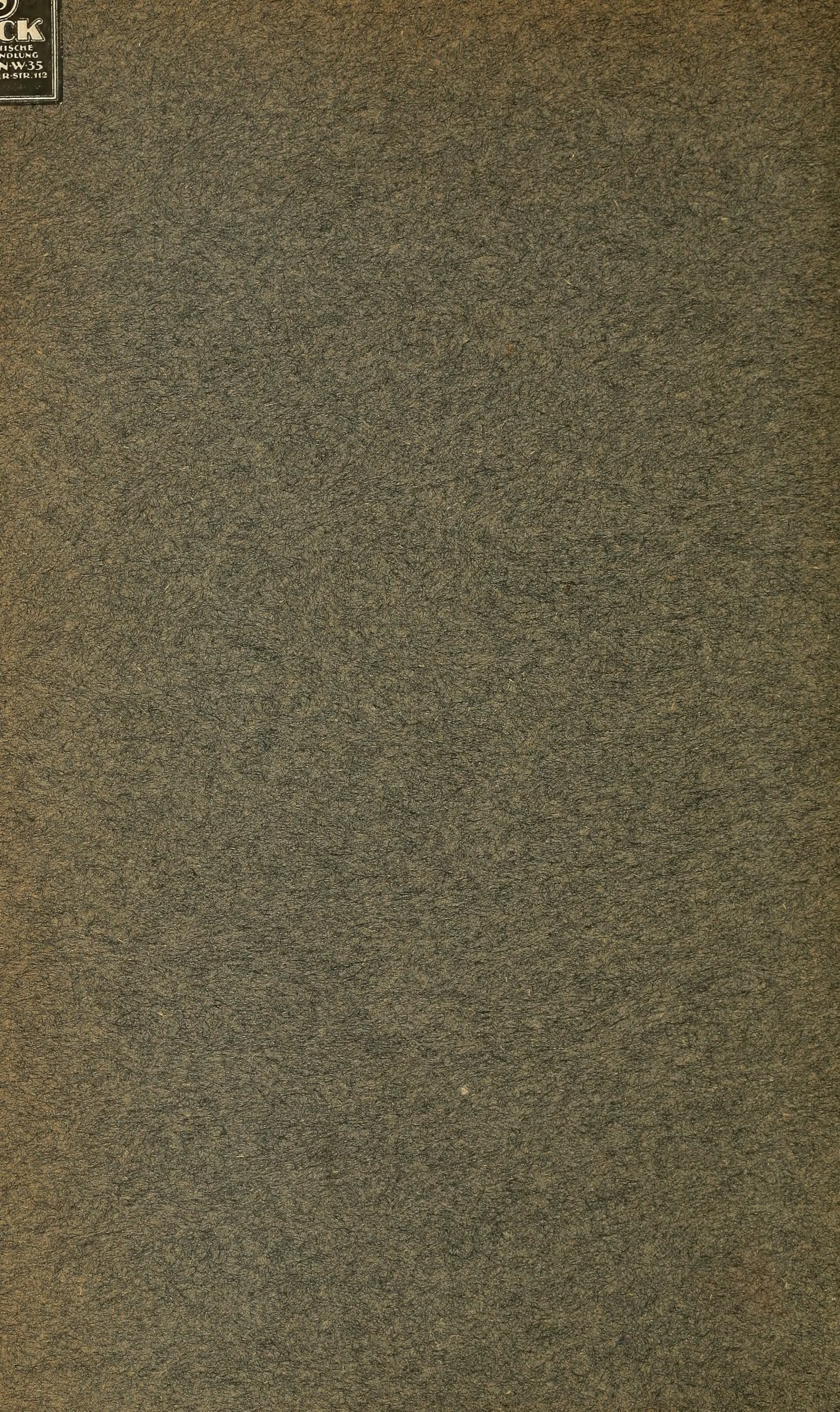
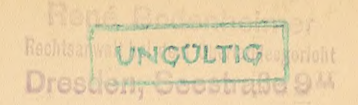



WILBUR L. CROSS LIBRARY
UNIVERSITY OF CONNECTICUT


CK
TISCHE
NDLUNG
N·W·35
R·STR.112



Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Unter Mitwirkung
zahlreicher und namhafter Juristen
in Verbindung mit

Dr. A. Brückmann, Rechtsanwalt am Kammergericht,
und
Dr. Th. Olshausen, Gerichtsassessor, Kommissar. Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt,

herausgegeben von

Dr. Hugo Neumann,
Rechtsanwalt am Kammergericht zu Berlin.

---

4. Jahrgang
(die Zeit bis Anfang 1906 umfassend).



Berlin, 1906.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8., Mohrenstraße 13/14.

Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags: JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes.

Vorwort.

Dem fortgesetzten Streben der Redaktion, den Umfang des Jahrbuchs zu vermindern, ist diesmal der Erfolg nicht versagt geblieben. Durch Zurückführung der Auszüge auf das kürzeste, für das Verständnis unentbehrliche Maß ist es gelungen, den gewaltigen Stoff in den Umfang eines Bandes zu zwingen. Der Erfolg ist um so wertvoller, als ausführliche Berichte zur Gewerbeordnung und Wechselordnung den bisherigen Materien hinzugetreten sind. Um die Übersicht über den Inhalt der einzelnen Jahrgänge möglichst zu fördern, sollen die Berichte über solche Gegenstände, zu denen Literatur und Rechtsprechung Material nur in geringerem Umfange zu zeitigen pflegen, nicht alljährlich, sondern in längeren — etwa zweijährigen — Zeitläuften gebracht werden.

Berlin W. 35,
Potsdamer Straße 118.

Neumann.

Inhaltsverzeichnis.

Nachweis der im Jahrgang 1—4 bearbeiteten Gesetze.

	Jahrgang 1.	Jahrgang 2.	Jahrgang 3.	Jahrgang 4.
Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz	1 1—728 2 1—456	1 1—813	1 1—710	1— 556
Gerichtsverfassungsgesetz, Zivilprozeßordnung nebst Einführungsgesetz . . .	3 1—332	—	2 320—611	663— 771
Handelsgesetzbuch	—	2 1—268	2 1—117	556— 654
Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz	—	—	2 176—253	850— 868
Grundbuchordnung . . .	—	2 395—477	2 145—172	828— 849
Konkursordnung u. Anfechtungsgesetz	—	2 478—530	2 253—290	800— 827
Zwangsversteigerung u. Zwangsverwaltung . .	—	2 361—395	2 290—320	771— 800
Reichshaftpflichtgesetz. . .	—	2 317—333	2 134—145	870— 879
Wettbewerbsgesetz	—	2 336—361	2 611—632	879— 896
Personenstandsgesetz . . .	—	2 333—336	2 172—176	868— 870
Seerechtl. Nebengesetze u. Binnenschiffahrtsges. .	—	2 269—274	2 117—120	655— 657
Post-, Telegraphen- u. Zollgesetzgebung	—	—	2 121—126	—
Gesellschaft m. b. H. . .	—	2 274—297	—	896— 908
Genossenschaftsgesetz . . .	—	2 297—317	—	908— 915
Hypothekenbankgesetz . . .	—	—	2 126—134	—
Patentgesetz	—	—	2 632—645	—
Gebrauchsmusterschutz . .	—	—	2 645—647	—
Warenzeichenrecht	—	—	2 648—659	—
Gewerbliche Schutzges. .	—	—	2 660—667	—
Literatur und Tonkunst .	—	—	2 667—677	—
Verlagsrecht	—	—	2 677—680	—
Gewerbeordnung	—	—	—	915— 981
Wechselordnung	—	—	—	981—1019

Mitarbeiter des vierten Jahrganges.

Boschan, Landgerichtsrat in Berlin: BGB. Buch III: Immobiliarsachenrecht, Grundbuchordnung und Personenstandsgesetz.;

Dr. **A. Brückmann**, Rechtsanwalt am Kammergericht in Berlin: BGB. Buch II §§ 241—304, 398—432, 598—704, 759—763, 765—782;

Dr. **Gottschalk**, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB. Buch II §§ 362—397, 783—853, Buch IV §§ 1589—1615, 1699—1772 und Wettbewerbsgesetz;

Dr. **Hagelberg**, Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: Gewerbeordnung;

Dr. **Heinrici**, Amtsrichter in Oranienburg: BGB. Buch II §§ 705—758 und HGB. II. Buch;

Dr. **Krech**, Gerichtsassessor im Justizministerium in Berlin: ZPO. Buch VIII, IX, X und Lohnbeschlagnahmegesetz;

Dr. **Liebenow**, Gerichtsassessor in Berlin: HGB. III. Buch bis § 406;

Lilienthal, Justizrat und Rechtsanwalt am Landgericht I in Berlin: BGB.: Vereinsrecht;

Dr. **Th. Olshausen**, Gerichtsassessor, Kommissar. Hilfsarbeiter im Reichs-Justizamt: BGB. Allgemeiner Teil — mit Ausnahme des Vereinsrechts —; Buch II §§ 433—597; III. Buch mit Ausnahme des Immobiliarsachenrechts; IV. Buch §§ 1297—1362, 1564—1588;

Dr. **M. Reindl**, Direktionsrat im Verkehrsministerium in München: HGB. Buch III §§ 407—473, EisenbVO. und Reichshaftpflichtgesetz;

Dr. **Richter**, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig: Konkursordnung, Anfechtungsgesetz;

Dr. **Seidel**, Gerichtsassessor in Köln: BGB. V. Buch und EGBGB., GVG., EGZPO., ZPO. Buch IV—VII;

Schneider, Reichsgerichtsrat in Leipzig: Zwangsversteigerungsgesetz;

Dr. **Schultheis**, Amtsrichter in Amöneburg: BGB. Buch IV: Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder und Vormundschaftsrecht;

Dr. **Sievers**, Reichsgerichtsrat in Leipzig: HGB. IV. Buch, Seerechtliche Nebengesetze und Binnenschiffahrtsgesetz;

Dr. **Sontag**, Amtsrichter in Kattowitz: HGB. I. Buch;

Dr. **Trumpler**, Syndikus der Handelskammer in Frankfurt a. M.: BGB. § 764;

Wormbaum, Amtsrichter in Charlottenburg: EGBGB., EGHGB. und Wechselordnung;

Dr. **Winter**, Landrichter in Halle a. S.: Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaftsgesetz;

Dr. **Wolff**, Regierungsassessor in Essen: ZPO. Buch I—III und Freiwillige Gerichtsbarkeitsgesetz;

Dr. **v. Zahn**, Rechtsanwalt am Landgericht in Leipzig: BGB. Buch II §§ 305—361;

Zelter, Rechtsanwalt am Oberlandesgericht in Stettin: BGB. Buch IV: Eheliches Güterrecht.

Abkürzungen.

ABürgR. = Archiv für bürgerliches Recht.
ACivPr. = Archiv für die civilistische Praxis.
AÖffR. = Archiv für öffentliches Recht.
BadNotZ. = Badische Notarszeitung.
BadRpr. = Badische Rechtspraxis.
BankA. = Bank-Archiv.
BauersZ. = Zeitschrift für Aktiengesellschaften und „der Handelsgesellschafter".
BayNotZ. = Zeitschrift für das bayrische Notariat und für die freiwillige Rechtspflege der Gerichte in Bayern.
BayObLG. = Bayerisches Oberstes Landesgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Zivilrechtes.
BayRpflZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
BraunsA. = Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik.
BraunschwZ. = Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig.
BreslauAK. = Zeitschrift der Anwaltskammer Breslau.
BuschsZ. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß . . . Begründet von Busch.
DJT. = Verhandlungen des Deutschen Juristentags.
DJZ. = Deutsche Juristen-Zeitung.
DNotV. = Zeitschrift des Deutschen Notarvereins.
DVersZ. = Deutsche Versicherten-Zeitung.
EisenbE. = Egers Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen.
ElsLothNotZ. = Notariats-Zeitschrift für Elsaß-Lothringen.
ElsLothZ. = Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen.
Fischers Z. = Dr. Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen.
FrankfRundsch. = Rundschau für den Bezirk des OLG. Frankfurt a. M.
GerH. = Gerichtshalle.
GerS. = Der Gerichtssaal.
GewA. = Gewerbearchiv.
GewG. = Das Gewerbegericht.
GG. (mit Ort z. B. Berlin) = Gewerbegericht Berlin.
GewRSchutz = Gewerblicher Rechtsschutz.
Goldschmidts Z. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.
GoltdA. = Archiv für Strafrecht und Strafprozeß. Begründet von Goltdammer.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.
Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart.
HaftpflG. = Gesetz betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatze für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen usw. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen v. 7. Juni 1871.
HansGZ. = Hanseatische Gerichtszeitung.
HessRspr. = Hessische Rechtsprechung.
Hirths Ann. = Annalen des Deutschen Reichs. Begründet von Hirth.
Holdheims MSchr. = Monatsschrift für Handelsrecht usw. Herausgegeben von Holdheim.
JBl. = Juristische Blätter (Österreich).
JDR. = Jahrbuch des Deutschen Rechtes (der Jahrgang wird durch arabische Ziffern bezeichnet).
Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
JLBl. = Juristisches Literaturblatt.
JustdRundsch. = Justizdienstliche Rundschau.
JW. = Juristische Wochenschrift.
Kfmg. = Kaufmannsgericht
KG. = Kammergericht.
KGBl. = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

KGJ. = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw.
KleinbZ. = Zeitschrift für Kleinbahnen.
KrimPsychMSchr. = Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
KrVJSchr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LohnBG. = Gesetz betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869
Markschutz u. Wettbew. = Markenschutz und Wettbewerb.
MecklZ. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
NaumburgAK. = Zeitung der Anwaltskammer Naumburg.
ÖstAGZ. = Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung.
ÖstZBl. = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.
OLG. (mit folgender Band- und Seitenzahl) = Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
OLG. (mit Ort z. B. Breslau) = OLG. Breslau.
PA. = Patentamt.
PBl. = Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen.
PfälzRpr. = Pfälzische Rechtspraxis.
PosMSchr. = Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern.
PrMHandGewVerw. = Ministerialblatt der (preußischen) Handels- und Gewerbeverwaltung.
PrOVG. = Entscheidungen des Königl. Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
PrVerwBl. = Preußisches Verwaltungsblatt.
PrVolksschulA. = Preußisches Volksschularchiv.
Puchelts Z. = Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
R. = Das Recht.
Reger = Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, herausg. v. A. Reger, mit folgender Band- und Seitenzahl.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts; ohne weitere Quellenangabe = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RheinA. = Rheinisches Archiv usw.
RheinARV. = Zeitschrift des rheinpreußischen Amtsrichter-Vereins.
RJA. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichs-Justizamte.
RMG. = Reichsmilitärgericht; mit folgender Band- u. Seitenzahl = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
SächsA. = Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß.
SächsOLG. = Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts zu Dresden.
SächsOVG. = Jahrbuch des Königl. Verwaltungsgerichts.
SächsRpflA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SchlHolstAnz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SeuffA. = Seufferts Archiv usw.
SeuffBl. = Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
SozPr. = Soziale Praxis.
StB. = Der Standesbeamte.
ThürBl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
UnlW. = Unlauterer Wettbewerb (s. a. o. bei M.).
VerwA. = Verwaltungsarchiv.
WürttJ. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.
WürttZ. = Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg.
ZAktWes. = Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen.
ZBergR. = Zeitschrift für Bergrecht.
ZBlFG. = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit usw.
ZBlRw. = Zentralblatt für Rechtswissenschaft.
ZJPR. = Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (jetzt Privat- und öffentliches Recht). Begründet von Böhm.
ZKirchR. = Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht.
ZSchwR. = Zeitschrift für schweizerisches Recht.
ZStW. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
ZVersWiss. = Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft.
➳ ⇜ = Selbständiger Zusatz bezw. Entgegnung eines Autors.
➳ Red. ⇜ = Bemerkung des betreffenden Redaktors.
* vor dem Autornamen bezeichnet Selbstbericht.
Ortsname in Klammern bezeichnet Entscheidung des betr. Oberlandesgerichts [z. B. DJZ. **05** 445 (Hamm)].

Bürgerliches Gesetzbuch.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Personen.

Erster Titel. Natürliche Personen.

Vorbemerkung: Zu dem Rechte am eigenen Bilde war diesmal besonders über die Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentags zu berichten, die unter anderem auch zur Klarstellung der Beziehungen des Rechtes am eigenen Bilde zum Namenrechte beigetragen haben. Da der neue Entwurf betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographien dem Reichstage bereits vorgelegt ist, steht zu erwarten, daß die jahrelangen, eingehenden Erörterungen in der Literatur nun bald den gesetzlichen Niederschlag finden werden. Zum § 12 liegen wiederum zahlreiche Entscheidungen des RG. und des KG. vor; von ersteren kommt besondere Bedeutung der unter Ziff. II 1 d zu § 12 erwähnten zu, welche ausspricht, daß unter Umständen die Ansprüche aus § 12 auch gegen den Staat und seine Behörden verfolgt werden können. Zu der Frage, inwieweit die namenrechtlichen Bestimmungen auf das Firmenrecht übertragen werden können, bringt **RG. 59**, 285 (u. Ziff. II 1 c zu § 12) eine wichtige Entscheidung. — Die bekannte Entscheidung des FS. des KG. vom 2. 8. 02 über den Einfluß der Todeserklärung auf die Ehe, welche auf lebhafte Opposition in der Literatur stieß (vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu § 18), ist erfreulicherweise durch das die Gegenansicht billigende Urteil des RG. vom 2. 3. 05 ihrer Bedeutung beraubt worden.

Literatur zum Allgemeinen Teil: Ehrenberg, Freiheit und Zwang auf dem Gebiete des Verkehrsrechts. Festrede, Göttingen 1905. — J. U. Schroeder, Über Wechselwirkungen des bürgerlichen Rechts und des Strafrechts, AZivPrax. **97** 361—395. — Zitelmann, Der Wert eines „Allgemeinen Teils" des bürgerlichen Rechts, GrünhutsZ. **33** 1—32.

§§ 1 ff. 1. Zitelmann 4 ff. untersucht zunächst den rein systematischen Wert des Allgemeinen Teils, erörtert sodann (19 ff.) den Wert des Allgemeinen Teils für die Gesetzgebung und prüft dann (24), ob die vom BGB. im Allgemeinen Teil behandelten Materien dort zweckmäßig stehen; er gelangt zu dem Ergebnis (28), daß, von den allgemeinen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte abgesehen, alle anderen Bestimmungen besser in den besonderen Rechtsteilen untergebracht würden. Es entfällt nach ihm der Anlaß weiterhin noch einen Allgemeinen Teil zu führen.

2. *Schröder, ACivPrax. **97** 361 ff.: Der Strafrecht und Zivilrecht verbindende Zweckgedanke, der gemeinsame Ausgangspunkt bedingt für beide Rechtssysteme mancherlei Gemeinsamkeit, zunächst und vor allem im Grundaufbau, in der Lehre der natürlichen Lebensbeziehungen. Bei Betrachtung der gemeinschaftlichen Basis ist als vornehmste Pflicht zu beachten, daß man sich gegenwärtig hält, daß es nicht Aufgabe der Rechtsordnung ist, solche Beziehungen zu regeln; vielmehr ist in dieser Richtung stets die Anschauung des Lebens zugrunde zu legen. Hierhin gehört die Frage nach dem Beginne der rechtlichen Selbständigkeit des Menschen. Da nach der Lebenserfahrung der Mensch nur nach der Trennung vom Mutterleibe selbständiges Dasein hat, hat das BGB. das Rechte getroffen, wenn es die Rechtsfähigkeit mit der Vollendung der Geburt beginnen läßt. Die für das Strafrecht auf Grund von § 217 StGB. abweichende Ansicht des RG. ist mithin nicht zu billigen (vgl. JDR. **1** Ziff. 3).

§ 6. Literatur: Schott, Wiederaufhebung der Entmündigung oder Umwandelung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit in solche wegen Geistesschwäche, FriedreichsBl. **55** 414 ff., **56** 13 ff.

I. *Schott gibt eine für Mediziner berechnete Zusammenstellung der einschlägigen Bestimmungen des BGB. und der ZPO. Anknüpfend an einen praktischen Fall betont Verf. die Notwendigkeit der Gesetzeskenntnis für den ärztlichen Sachverständigen, rät in zweifelhaften Fällen nach Aufhebung der Entmündigung infolge von Geisteskrankheit die Entmündigung infolge von Geistesschwäche auszusprechen und erst, wenn sich die Voraussetzungen für letztere als unzutreffend erwiesen haben, den Betreffenden als völlig geschäftsfähig zu beurteilen.

II. 1. Ziff. 1. **a)** **RG.** 17. 10. 04, GruchotsBeitr. **49** 611: Entmündigung dann ausgeschlossen, wenn sich die Störung der Geistestätigkeit nur auf einzelne Angelegenheiten bezieht, ohne den Betroffenen zur Besorgung aller Angelegenheiten unfähig zu machen (übereinst. mit **RG. 50** 205; vgl. JDR. **1** Ziff. 5b). **b)** **RG.** JW. **05** 133: Die Unfähigkeit muß sich auf die Besorgung der Angelegenheiten des zu Entmündigenden in ihrer Totalität beziehen, bedeutungslos ist, ob er im übrigen in einer oder mehreren vereinzelten Richtungen verfügungsfähig geblieben ist. **c)** Begriff der Geisteskrankheit und der Geistesschwäche (JDR. **3** Ziff. 2). **RG.** GruchotsBeitr. **49** 882: Allein der Grad der geistigen Anomalie ist für die Unterscheidung entscheidend. Ebenso OLG. **10** 35 (Hamburg).

2. Ziff. 2. **a)** **RG.** JW. **05** 166, SeuffA. **60** 257: Beim Begriffe der Verschwendung darf es nicht nur auf äußerliche Merkmale abgestellt werden, vielmehr ist auch die subjektive Seite, die Charakteranlage, die Sinnes- und Denkweise des Betreffenden in Betracht zu ziehen. **b)** *Weyl, Verschuldensbegriffe 352 ff.: Verschwendung (verschwenderisches Leben) und Trunksucht sind rein objektive Begriffe, sie setzen nicht notwendigerweise ein Verschulden voraus. Das gleiche gilt von dem Begriffe „gefährden".

§ 7. 1. PrOVG., PrVerwBl. **25** 558: Besteht die Wohnung, die jemand innehat, aus Räumen eines Gasthofs, so hat er dort seinen Wohnsitz nur dann, wenn er über die Räumlichkeiten innerhalb des Gasthofs dergestalt rechtlich zu verfügen befugt ist, daß sich daraus ein Schluß auf die Absicht der dauernden Beibehaltung rechtfertigt.

2. PrOVG., PrVerwBl. **25** 559: Die gewöhnliche Einrichtung einer Irrenanstalt wird zumeist die Begründung eines Wohnsitzes durch einen Geisteskranken an dem Orte, wo die ihm Aufnahme gewährende Irrenanstalt sich befindet, verhindern; wenn aber ein Geisteskranker sich mit dem Willen seines Vormundes in einer Anstalt aufhält, so wird damit ein Aufenthaltsverhältnis mit allen Folgen für die Gemeindebesteuerung begründet.

3. Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Aufgabe des bisherigen Wohnsitzes einer wegen Geisteskrankheit entmündigten Person anzunehmen ist, handelt SächsOVG. **7** 167 ff.

§ 10. **RG. 59** 337 ff., JW. **05** 133: Die Frau hat den abgeleiteten Wohnsitz des Mannes, auch wenn sie tatsächlich von ihm getrennt lebt, und falls der Wohnsitz im Inlande liegt, selbst dann, wenn sie ihm nicht zu folgen braucht. AM.: Dernburg, BGB. I § 57 Ziff. V; Eck, Vorträge I 41.

§ 11. 1. **a)** KG. 16. 2. 05, FrankfRdsch. **39** 12: Hat der Vater sich von der Familie entfernt und sich um sein Kind nicht gekümmert, insbesondere nicht verlangt, daß es nach seinem neuen Wohnsitze komme, so ist anzunehmen, daß der Vater den Willen kundgegeben hat, das Kind solle seinen bisherigen Wohnsitz auch nach seiner Entfernung beibehalten. **b)** SächsOLG. **26** 473 ff., OLG. **12** 1: Ein

minderjähriges Kind, dessen Vater unter Zurücklassung der Familie im bisherigen Domizil einen neuen Wohnsitz begründet, teilt diesen neuen Wohnsitz des Vaters. Beläßt der Vater das Kind am bisherigen Wohnorte, so ist hierin nur eine Aufenthaltsbestimmung zu erblicken. **c)** OLG. **10** 56 (Stuttgart): Dadurch, daß der Vater wohnsitzlos wird, verliert das Kind den Wohnsitz nicht. Entfernt sich ein Vater mit Hinterlassung von Weib und Kind, so spricht dieser Umstand dafür, daß, wenn er überhaupt, so jedenfalls nur für sich, nicht auch für sein Kind, den Wohnsitz aufgehoben hat.

2. BayObLG. 5 525 ff.: Aus der Tatsache der Übersiedelung der Mutter an einen anderen Ort kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß sie nicht nur für sich selbst, sondern auch in der Eigenschaft als Vormund ihres entmündigten Kindes, das an einem anderen Orte in einer Heilanstalt untergebracht war, für dieses den Wohnsitz verlegen wollte.

§ 12. Literatur: Finger, Übertragung u. Überlassung von Namen im geschäftlichen Verkehr, UnlW. 5 1—5. — Fritsche, Die Gültigkeit des deutschen nichtpreußischen Adels in Preußen. Berlin 1905. — Keidel, Änderung des Vornamens oder des Familiennamens, SeuffBl. **05** 10—14. — Kohler, Humorname und Personenname, ABürgR. **27** 196—203. — Meikel, Namensrecht — Vorname oder Familienname, R. **05** 246. — Th. Olshausen, Zum Schutze des Namensrechts, DJZ **05** 740. — Rietsch, Das Bild der Person, BayRpflZ **05** 190—193. — Scherer, Beitrag zum Namensrecht des niederen Adels, PucheltsZ. **36** 292—299, 385—392. — Simonis, Sind die Stadtgemeinden berechtigt, den Gebrauch des Stadtwappens dritten Personen zu untersagen? PrVerwBl. **26** 145. — Stranz, Literarische Freiheit u. Namensrecht, DJZ **05** 934—937. — Tänzler, Namensfeststellungen und Namensänderungen nach sächs. Rechte, FischersZ. **28** 241—255. — Thiesing, Über das Namensrecht der Ehefrau bei Nichtigkeit der Ehe s. u. zu § 1355.

I. 1. **a)** Stranz, DJZ. **05** 934 ff.: Zur Verletzung des „Interesses" genügt schon der durch den Gebrauch des Namens erweckte Schein, als seien die Handlungen des anderen die eigenen. Keine Voraussetzung ist, daß der andere den Namen als seinen eigenen gebraucht; der Anspruch aus § 12 ist auch gegeben, wenn der Name einer frei erfundenen Person im Roman, Drama usw. beigelegt wird. Das Verbot gilt ferner, einerlei mit welchen Eigenschaften die Figur ausgestattet ist. Endlich ist es ohne Belang, ob den Verletzenden ein Verschulden trifft oder nicht; der Gebrauch des Namens muß unbefugt sein, nicht aber schuldhaft. — Von Bedeutung ist, daß zum Verlangen der Beseitigung der Beeinträchtigung nur derjenige berechtigt ist, dessen Interesse verletzt ist. Der Gebrauch des Namens muß in einen Zusammenhang mit der konkreten Person des Trägers gebracht sein, muß eine Hinweisung auf sie, sei sie ausdrücklich oder versteckt, enthalten. Die Möglichkeit allein genügt nicht, daß irgend jemand die fragliche Figur auf den Träger beziehen könne, die Beweislast für die individuelle Hinweisung trifft den Kläger. **b)** Kohler a. a. O. 198 ff.: Trägt eine Person einen Gattungsnamen, so muß sie sich gefallen lassen, daß eine Zeitung einen solchen Gattungsbegriff — wie z. B. Biedermann — zum Gegenstand humoristischer Ausführungen macht, aber auch der Gebrauch anderer Personennamen in Romanen ist erlaubt, wenn er jeder ausdrücklichen oder versteckten individuellen Hinweisung entbehrt.

2. *Tänzler a. a. O. 241 ff.: Die behördliche Feststellung, welchen Familiennamen eine Person sächsischer Staatsangehörigkeit zu führen berechtigt und verpflichtet ist ➞ darunter gehört auch die Feststellung der richtigen Schreibweise eines Familiennamens ← sofern begründete Zweifel hierüber entstanden sind, erfolgt durch die untere Verwaltungsbehörde ➞ Kgl. Amtshauptmannschaft oder Stadtrat in Städten mit revidierter Städteordnung ← (VO. des Kgl. Sächs. Ministeriums des Innern vom 28. Juli 99). Die Entscheidung erfolgt nach eingehenden von Amts wegen vorgenommenen Ermittelungen bzw. nach möglichst erschöpfender Prüfung aller familienrechtlichen Urkunden und Be-

1*

fragung der beteiligten Familienglieder. Die Entscheidung ist anfechtbar im Wege des Rekurses und nach dessen Abweisung im Wege der Anfechtungsklage im Verwaltungsstreitverfahren. Die Abgrenzung vom Berichtigungsverfahren nach §§ 65, 66 PStG. ergibt sich daraus, daß in letzterem Falle der richtige Name bereits feststehen muß.

3. Änderung des Namens (JDR. 3 Ziff. I 2). **a)** Meikel, R. **05** 246: Um die Beifügung eines Familiennamens anzunehmen, reicht es nicht aus, daß neben den bisherigen Familiennamen noch ein anderer Name gesetzt wird; es ist vielmehr erforderlich, daß der weitere Name in so enge Verbindung mit dem Familiennamen gebracht wird, daß daraus dessen Zusammengehörigkeit mit dem letzteren ersichtlich wird. Dies trifft z. B. zu, wenn diese beiden Namen durch einen Bindestrich verbunden werden, oder wenn der hinzugefügte Name gleich dem Familiennamen ganz ausgeschrieben oder mit lateinischen Buchstaben geschrieben wird, während der Vorname nur abgekürzt oder in deutschen Lettern geschrieben ist. Die herrschende Verkehrsauffassung ist zu berücksichtigen. Die Absicht des Namensträgers, die Beifügung als Vornamen zu gebrauchen, ist nicht beachtlich, wenn diese Beifügung sich nach allgemeiner Übung und Anschauung als Zusatz zum Familiennamen darstellt. **b)** *Tänzler a. a. O. 241 ff.: Über gewünschte Namensänderungen einer Person sächsischer Staatsangehörigkeit, d. h. über Gesuche um Änderung desjenigen Namens, der dem Gesuchsteller an sich zukommt, entscheidet das Kgl. Sächsische Ministerium des Innern. Die Bewilligung der Änderung ist ein Akt der Gnade, es kommen also nur Billigkeitsgründe in Betracht. Zu Änderungen von Vornamen ist im allgemeinen das Berichtigungsverfahren einzuleiten, doch hält das Ministerium an seiner Befugnis, anstößige Vornamen auf Antrag zu ändern, fest. **c)** Keidel a. a. O. 11: Eine Namensänderung liegt auch vor, wenn eine Frau ihren Mädchennamen dem Familiennamen des Mannes anhängt. AM.: Staudinger, BGB. § 12 Note III 2 c β. **d)** In Sachsen bedarf nach einer Verordnung vom 12. Mai 05 (G.= u. VOBl. **05** 155) die Änderung des Vornamens oder des Familiennamens der Genehmigung des Ministeriums des Innern. Die Änderung ist im Standesregister am Rande der über den Geburtsfall vorgenommenen Eintragung, bei einem Ehegatten auch am Rande der über die Eheschließung vorgenommenen Eintragung zu vermerken. **e)** Standesa. **05** 218: Über Vornamensänderung handelt eine Verordnung des Badischen Ministeriums der Justiz, des Kultus und Unterrichts vom 16. Juni 05.

4. Adelsprädikat. Scherer, PuceltsZ. **36** 386: Das „von" ist Namensbestandteil und in der Regel auch Adelszeichen, aber es ist kein absolutes Kennzeichen des Adels.

5. Verhältnis des Namenrechts zum WarenZG. (JDR. 3 Ziff. 6). *Finger a. a. O. 1 ff.: Der Gebrauch fremder Namen im geschäftlichen Verkehr ist verboten, wenn er zum Zweck unlauteren Wettbewerbes erfolgt, im übrigen erlaubt **a)** auch ohne Zustimmung des Namensinhabers, α. wenn der Name freie Bezeichnung ist, β. wenn der Name eine bestimmte Beziehung zu Ware, Geschäft usw. angibt, γ. wenn der Name als Warenzeichen eingetragen ist; **b)** mit Zustimmnng des Namensinhabers teils infolge Veräußerung (Namen juristischer Personen, Pseudonyme, Firmen), teils infolge Überlassung zur Benutzung (Lizenz). Lizenz kann an allen Namen, auch an Familiennamen und Vornamen, stattfinden, also auch an den nicht veräußerlichen Namen. Der Lizenznehmer ist gegen Dritte bei Verletzung seines Benutzungsrechts geschützt, die Lizenz hat also nicht lediglich obligatorische, sondern dingliche Wirkung. Über den Namensschutz bei eingetragenen Vereinen s. Altmann u. zu § 57.

II. Einzelheiten aus der Praxis. 1. **a)** RG. 2. 2. 05, JW. **05** 166 (übereinst. mit JW. **04** 53): Es kommt nicht darauf an, ob der zu schützende

Familienname ein adeliger ist. **b)** **RG.** BadRpr. **05** 101: Ob eine Namensnennung einen unbefugten Gebrauch des Namens darstellt, ist nicht lediglich nach rechtlichen, sondern wesentlich nach tatsächlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. **c)** **RG.** II 9. 12. 04, **59** 285, JW. **05** 72, PucheltsZ. **36** 336: Es ist nicht zulässig, die teilweise weitergehenden Bestimmungen über das Namenrecht allgemein auf das Firmenrecht zu übertragen. Insbesondere kann der Inhaber einer Firma den Schutz des § 12 für einen Namen, den er selbst nicht trägt, der vielmehr nur in der von ihm geführten Firma vorkommt, nicht beanspruchen. **d)** **RG.** 12. 12. 04, GruchotsBeitr. **49** 828 ff., JW. **05** 72: Das Recht auf Führung eines bestimmten Familiennamens kann auch gegen den Staat, durch dessen Behörden es beeinträchtigt sein soll, verfolgt werden, wenn die Staatsbehörden nicht nur in der zu ihrer Zuständigkeit gehörigen Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Befugnisse die Richtigkeit des Namens überwacht oder darüber entschieden, sondern auch außerhalb dieser Befugnisse das Namenrecht beeinträchtigt haben. Stellen sich die behaupteten Eingriffe aber ausschließlich als Rechtsakte dar, welche in Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Obliegenheiten von den dafür zuständigen Landesbehörden vorgenommen worden sind, so ist die Klage aus § 12 nicht gegeben. — Die Entscheidung OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 129 ff., über Namensschutz gegenüber Behörden findet sich bereits JDR. **2** Ziff. 3a. **e)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 73: Die verbotswidrige Benutzung eines Namens zu Reklamezwecken schließt unter Umständen einen Verstoß gegen die guten Sitten in sich. **f)** OLG. Kassel 27. 10. 03, SeuffA. **60** 305: Klage aus § 12 auf Nichtbenutzung eines Familiennamens für die Bezeichnung eines Hotels.

2. Änderung des Familiennamens. **a)** KGJ. **28** C 29 ff.: Ein Preuße, der nach den Vereinigten Staaten von Nordamerika auswandert und dort naturalisierter Staatsangehöriger wird, verstößt nicht gegen die KabO. v. 15. 4. 22, wenn er, nach Preußen zurückgekehrt, denjenigen neuen Familiennamen führt, den er im Auslande nach dem dort geltenden Rechte wirksam angenommen hat. **b)** KG. (Straff.), DJZ. **05** 173: Für die Frage der Strafbarkeit der Namensänderung ist es unerheblich, ob jemand, der andauernd sich eines ihm nicht zukommenden Namens bedient, daneben auch seinen richtigen Namen weiter führt oder ihn ganz ablegt.

3. Adelsprädikat (JDR. **3** Ziff. II 3). **a)** KG., KGJ. **28** A 167 ff., OLG. **10** 42 ff.: Wird auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit streitig, ob jemand zur Führung des Adels berechtigt ist, so hat das Gericht selbst die Berechtigung zu prüfen, ohne an die Ansicht des Heroldsamts in Berlin gebunden zu sein. Nur soweit eine Verdunkelung des Adels im Sinne des § 95 II. 9 ALR. vorliegt, steht dem Heroldsamt ausschließlich die Entscheidung darüber zu, ob die Familie sich des Adels wiederum bedienen kann. Ebenso hat dasselbe auch darüber, ob eine Verdunkelung der gedachten Art vorliegt, allein zu entscheiden. **b)** KG., KGJ. **28** A 171 ff.: Ausländer dürfen sich in Preußen der ihnen in ihrem Heimatstaate zustehenden Adelsprädikate bedienen, sofern nur nicht der Anschein erweckt wird, als handle es sich um eine preußische Adelsauszeichnung.

4. Pseudonym. **a)** KG. (Straff.), DJZ. **05** 173: Da das Gesetz nur die widerrechtliche Namensführung unter Strafe stellt, so läßt es die gewohnheitsrechtlich erlaubte Führung eines zweiten Namens frei. Ein Künstler kann mithin ohne landesherrliche Erlaubnis ein Pseudonym annehmen und führen. **b)** LG. Bremen, DJZ. **05** 752: Ein Künstler kann auch unter seinem Bühnennamen verklagt werden. AM.: Dernburg, BGB. I § 55.

Anhang zu § 12. Andere Individualrechte.

I. Das Recht am eigenen Bilde (JDR. **3** Ziff. II des Anh. zu § 12). 1. Rietsch meint a. a. O. 191, daß man es bei dem „Rechte am eigenen

Bilde" mit einer falschen Bezeichnung zu tun habe, man müsse von einem Rechte gegen das Bild sprechen, denn es könne sich nur um ein Recht auf Beschlagnahme oder Vernichtung des Bildes einer Person handeln, ein solches Recht aber gehöre in das öffentliche Recht (192).

2. Der 27. DJT. hat in Innsbruck, nachdem sämtliche anderen Anträge abgelehnt worden waren, einstimmig den Antrag Enneccerus angenommen, welcher lautet:

> Gegen die mißbräuchliche Verbreitung und öffentliche Schaustellung photographischer Bildnisse ist gesetzlich Schutz zu gewähren, wenn sie schutzwürdige Interessen verletzt, insbesondere wenn sie die schuldige Achtung verletzt oder Tatsachen der Öffentlichkeit preisgibt, deren Veröffentlichung nach den herrschenden Auffassungen nur den Beteiligten freisteht.

Dieser Schutz soll, nach besonderem Beschlusse des DJT., nicht nur gegen Photographien, sondern auch gegen Abbildungen überhaupt gegeben sein (27. DJT. IV 86). Der Antrag Wildhagen: Es empfiehlt sich nicht ein besonderes Recht am eigenen Bilde anzuerkennen, wurde abgelehnt; ihm scheint die Annahme eines Rechtes am eigenen Bilde mit den Anschauungen des Lebens und der überwiegenden Mehrzahl der Volksgenossen unvereinbar (a. a. O. 42). Gegen Wildhagen führte Gareis aus, man solle das Recht am eigenen Bilde nicht geradezu durch einen Dolchstoß vernichten, denn es könnte sein, daß dieses Recht doch mit der Zeit wieder auftaucht (a. a. O. 70/71).

3. Verhältnis des Namenrechts zum Rechte am eigenen Bilde. **a**) Wildhagen, 27. DJT. IV 41 ff.: Die Verhältnisse liegen beim Namenrecht wesentlich anders wie beim Rechte am eigenen Bilde. Für das Namenrecht seien durch die Praxis bereits nach den Hauptrichtungen hin die Grundsätze festgestellt gewesen, nach denen Schutz zu gewähren ist, also ein Interesse als im Rechtssinne verletzt anzusehen ist. Anders beim Rechte am eigenen Bilde, wo die Verweisung auf den Gesichtspunkt des „berechtigten Interesses" mehr eine andere Formulierung der Frage als eine Antwort darauf sei. **b**) Dagegen will Neumann a. a. O. IV 73 ff. im engen Anschluß an § 12 alles auf das berechtigte Interesse abstellen. Der Richter wird abzuwägen haben, welches das Interesse der Kunst auf der einen und welches das persönliche Interesse des Verletzten auf der anderen Seite ist. Bei diesem Vergleiche wird er entscheiden, ob ein schutzwürdiges und berechtigtes Interesse der Person verletzt ist. **c**) Ebenso auch Rietschel a. a. O. 62 ff., 67, der den § 16 seines Gegenentwurfes (a. a. O. 86) völlig im Anschluß an § 12 BGB. formuliert hatte. **d**) Gareis, 27. DJT. IV 70: § 226 gibt auch Schutz gegen schikanöse Verwendung des Rechtes am eigenen Bilde. Infolgedessen fallen zahlreiche Bedenken, die gegen das Recht am eigenen Bilde ausgesprochen worden sind.

II. Das Wappenrecht (JDR. **3** Ziff. II des Anhanges). Simonis, PrVerwBl. **26** 145: Jeder Wappenfähige ist befugt, ein beliebiges Wappen anzunehmen oder sich ein solches zu bilden, soweit das gleiche Wappen nicht bereits von einem anderen Wappenfähigen geführt wird. — Als Eigentümer des Wappens ist der Wappenherr befugt, mit demselben nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen. Er kann somit jedem Dritten den Gebrauch des Wappens untersagen. Dieses Recht steht auch den städtischen Behörden hinsichtlich des Stadtwappens zu.

§§ 13 ff. SächsOLG. **26** 311 ff.: Die §§ 13—20 werden durch die besonderen Vorschriften über die Abwesenheitspflegschaft modifiziert. Ist einem Verschollenen daher ein Abwesenheitspfleger bestellt, so ist er über die Grenze der Lebensvermutung des § 19 hinaus bis zu dem aus § 1921 Abs. 2 bzw. 3 sich ergebenden Zeitpunkte zum mindesten für die Zwecke der Parteifähigkeit als lebend zu

behandeln. Vgl. Matthiaß, BGB. (3) I 83 Anm. 1; Hölder, BGB. § 19 Anm. 1 a. E.

§ 13. 1. *Matthießen, ZBlFG. **6** 392: Die Todeserklärung setzt stets voraus, daß die für tot zu erklärende Person erwiesenermaßen gelebt hat (vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3, auch §§ 15—17 BGB.). Auch erfordert die Natur des auf Todeserklärung lautenden Urteils, daß die Identität der für tot erklärten Person genau festgestellt wird. Hierzu reicht es nicht aus, wenn lediglich eine bestimmte Beziehung der Person zu einer anderen Person bekannt ist und angeführt wird (unzulässig z. B., die „Kinder" oder den „Ehegatten" einer namentlich bezeichneten anderen Person für tot zu erklären).

2. Ist die Todeserklärung einer Person zeitlich unbeschränkt zulässig? — *Rünger, ZBlFG. **5** 648: Dieser Annahme steht vor allem § 964 Nr. 1 ZPO. entgegen; denn es ist ein Unding, daß ein vielleicht vor Hunderten von Jahren Verstorbener zu einer bestimmten Stunde vor das Amtsgericht geladen wird. Die zeitliche Beschränkung der Todeserklärung liegt auch im Begriffe der Verschollenheit selbst, welche eine Ungewißheit über Leben und Tod, also einen Schwebezustand, voraussetzt. Die Todeserklärung einer Person, die vor mehreren Hunderten von Jahren gelebt hat, würde weiter mit Rücksicht auf die aus § 18 BGB. sich daran knüpfenden Folgen die reine Willkür sein, weil für die „Ermittelungen" (§ 18 Abs. 2) nach Ablauf derartig langer Zeit die tatsächlichen Grundlagen fehlen. Die Todeserklärung ist daher für unzulässig zu erachten, wenn die Person wegen Ablaufs sehr langer Zeit seit ihrer Geburt nach menschlicher Erfahrung unmöglich noch am Leben sein kann.

§ 18. **RG.** 2. 3. 05. **60** 196 ff., JW. **05** 227, DJZ. **05** 506, SeuffA. **61** 100, Standesa. **05** 98, RJA. **5** 227, ZBlFG. **6** 126 ff., RheinANB. **23** 11 entschied ebenso wie AG. und LG. Hamburg (JDR. **3** Ziff. 1 b). Die Vermutung des § 18 gilt auch hinsichtlich der Auflösung der Ehe, solange nicht diese Vermutung sich als unrichtig erweist. Nur für diesen letzten Fall trifft § 1348 Vorkehrung.

Zweiter Titel. Juristische Personen.

Vorbemerkung: Aus der Literatur des Berichtjahrs ist für das Wesen der juristischen Personen der erste Band der groß angelegten Monographie über die Stiftungen von Behrend hervorzuheben. Für die Praxis ist Altmanns Handbuch des deutschen Vereinsrechts von Wert, welches das gesamte Material in erschöpfender Weise zusammenstellt. Die Einzelforschung wendet sich vielfach den nicht rechtsfähigen Vereinen (Dürr, Müller, Nußbaum, Sachau) und der Haftung der öffentlichen Verbände für ihre Vertreter zu (Jebens, Gierke, Molitor, Schefold). Gierke tritt in seinem Gutachten für den 28. Deutschen Juristentag, das ein sehr wertvolles Material für die Frage der Haftung der öffentlichen Verbände für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden enthält, mit großer Wärme für die reichsrechtliche Regelung dieser Haftung ein (s. Ziff. 6 h zu § 89).

Auch in der Rechtsprechung sind die Entscheidungen besonders zahlreich, welche die nicht rechtsfähigen Vereine und die öffentlichen Verbände betreffen. Die zu § 54 Ziff. 1 a und c angeführten Entscheidungen des RG. werden zur Klärung der Frage, wann ein nicht rechtsfähiger Verein, nicht eine Gesellschaft vorliegt, wesentlich beitragen. Wer als verfassungsmäßiger Vertreter des Staates und der Gemeinden im Sinne der §§ 89, 31 BGB anzusehen ist, ist auch im Berichtsjahre vom RG. in vielen Einzelfällen erörtert worden (s. zu § 89 Ziff. 3). Der Grundsatz, daß es des Nachweises des Verschuldens eines bestimmten verfassungsmäßigen Vertreters nicht bedarf, wenn erhellt, daß das Verschulden irgendeines solchen Vertreters vorliegt (vgl. JDR. **3** § 89 Ziff. 2 d β, Ziff. 3), wird vom RG. in immer weiterem Umfange zur Anwendung gebracht (s. § 89 Ziff. 4 und 5).

Literatur: Altmann, Handbuch des deutschen Vereinsrechts. Berlin 1905. H. W. Müller. — Behrend, Die Stiftungen nach deutschem bürgerlichen Recht. I. Teil. Das rechtliche Wesen der Stiftungen. Marburg 1905. Ehrhardt. — Binder, Umgehung des Art. 6 des preußischen AGBGB. durch Erbeinsetzung unter Auflage, DJZ. **05** 996 ff. — Dürr, Zur Frage des Ausschlusses aus einem dem Rechte des BGB. unterstehenden nicht rechtsfähigen Vereine, JW. **05** 3 ff. — Fischer, Zur Frage der Rechtsfähigkeit der Ideal- und Wirtschaftsvereine, SeuffBl. **05** 133 ff. — Frese, Die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der ZPO. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZBlFG. **5** 741 ff. — Gierke, Gutachten über die Frage: Empfiehlt sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechtes für den von ihren Beamten bei Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentags. I. Berlin 1905. J. Guttentag. — Hölder, Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905, Duncker u. Humblot. — Jacke, Die Haftung des Stifters und seiner Erben. Diss. Leipzig. — Jebens, Die Haftung der Gemeinden für ihre Vertreter, PrVerwBl **27** 1 ff. — Molitor, Über die Haftung des Staates bei Verletzung von Privatrechten, AÖffR. **05** 265 ff. — Müller, Die rechtliche Natur einzutragender Vereine, Gesellschaften oder Gewerkschaften in der Zeit vor der Eintragung, DJZ. **05** 809. — Nußbaum, Die nicht rechtsfähigen Vereine im Prozeß und Konkurse, BuschsZ. **05** 107 ff. — Ortloff, Die Stiftung, ThürBl. **52** 24 ff., 179 ff. — Sachau, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, GoldschmidtsZ. **56** 444 ff. — Schefold, Die Haftung des Staates für den durch seine Beamten Dritten zugefügten Schaden, AZivPrax. **97** 468 ff. — Weißler, Etwas über Familienstiftungen, DNotV. **05** 497—501. — Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905. J. Schweitzer.

1. Behrend widmet den ersten Teil seiner groß und umfassend angelegten Monographie über die Stiftungen dem Probleme des Wesens der juristischen Personen und insbesondere der Stiftungen. Nach eingehenden kritischen Untersuchungen der herrschenden Theorien, die sämtlich abgelehnt werden, sucht der Verfasser eine neue Theorie zu entwickeln. Davon ausgehend, daß alles objektive Privatrecht eine Regelung des menschlichen Wollens, der „Zentralbegriff" des objektiven Rechtes: die Pflicht das Wollenmüssen und das subjektive Recht nichts als Wollendürfen sei, faßt er alle Erscheinungen des objektiven Rechtes als mehr oder minder unmittelbare Ergebnisse eines privatrechtlich erheblichen menschlichen Willens auf. Dieser kenne aber zwei hauptsächliche Grundformen: die Selbstbindung und die Bindung gegenüber fremdem Willen. Der Verfasser erblickt in diesem Gegensatz eine Grundklassifikation des gesamten Privatrechts und hat ihn deshalb in eingehenden Ausführungen aufzuzeigen gesucht. An diese beiden Grundformen müssen auch die juristischen Personen angeknüpft werden, die uns im BGB. — nicht aus bloßem Zufalle, sondern aus einem inneren zwingenden Zusammenhang — ebenfalls in zwei Grundformen entgegentreten: den Vereinen und den Stiftungen. Auch sie sind als Ergebnisse der Bindung gegenüber fremdem Willen (Vereine) und der Selbstbindung (Stiftungen) aufzufassen. Die Besonderheit, vermöge deren der privatrechtliche Wille hier die Kraft hat, nicht nur Rechtsverhältnisse herzustellen, sondern neue Rechtssubjekte zu schaffen, erblickt der Verfasser in der „sozialen Kraft" des sich so zur Geltung bringenden Willens. Das Wesen der „sozialen Kraft" des Willens bestehe darin, daß durch den Willen hier Einrichtungen des Privatrechtsverkehrs geschaffen würden (zwar nicht sinnlich wahrnehmbare, aber als menschliches Werk doch menschlich erkennbare Schöpfungen), die vermöge ihres Zusammenhanges mit Zwecken des Staates oder anderer größerer Gesamtheiten auf eine Dauer berechnet und zur Dauer geeignet seien. Danach ist dem Verfasser die Stiftung die im Wege einer Selbstbindung und zwar einer sozial betätigten geschaffene Einrichtung des Privatrechtsverkehrs.

2. JDR. **1** Ziff. 5 vor §§ 21, 22. **a)** Altmann 55 ff.: Die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen ist eine unbeschränkte, soweit nicht gewisse Rechte und Pflichten an die Trägerschaft einer physischen Person gebunden sind (Ehe, elterliche Gewalt, Kindesannahme). Im Erbrecht ist die juristische Person

nur von der Intestaterbfolge ausgeschlossen (vgl. aber BGB. § 1936, EG. Art. 138), dagegen kann sie durch Verfügung von Todes wegen erwerben, Erbe und Vermächtnisnehmer sein, auch zum Testamentsvollstrecker bestellt werden. **b)** Nach *Weyl 591 Anm. 5 sind §§ 530, 2339 ff. BGB. auf juristische Personen nicht anwendbar, auch nicht in Verbindung mit § 31 BGB.

3. Gierke 135: Soviel ist für den unbefangenen Beurteiler gewiß, daß im Erfolge die Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person vom BGB. als vorhanden gesetzt wird. Vgl. IDR. **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 3b vor §§ 21, 22.

4. **a)** PrOVG. **46** 20 ff.: Ein allgemeiner Grundsatz, daß dasjenige Staatsvermögen, welches durch Allerhöchste Order für bestimmte Zwecke dauernd festgelegt ist, damit die juristische Persönlichkeit erhält, besteht nicht. **b)** Altmann 9: Die Teilung des Fiskus in verschiedene Verwaltungsstellen (Militär-, Eisenbahn-, Justiz-, Post- usw. Fiskus) hat nicht die Bedeutung, daß damit für die Verwaltungsstelle eine besondere juristische Persönlichkeit begründet wird; es wird damit nur Dritten gegenüber die Berechtigung der Verwaltungsstelle zur Vertretung des Fiskus geschaffen. **c)** Die Entscheidung des KG. IDR. **3** vor §§ 21, 22 Ziff. 5 ist auch abgedruckt in KGJ. **28** A 71. **d)** KGJ. **28** A 76: Eine rheinische Landbürgermeisterei kann Subjekt privater Rechte und Verbindlichkeiten sein; sie ist vermögensfähig. **e)** PrOVG. **45** 295: Ohne Belang ist es, daß das RGes. vom 1. 5. 89, 20. 5. 98 es vermeidet, die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ausdrücklich als juristische Personen zu bezeichnen. Ihre rechtliche Natur als selbständige Persönlichkeit wird dadurch nicht beeinträchtigt.

5. IDR. **3** Ziff. 4 vor §§ 21, 22. Altmann 65 ff.: Bei Sammlungen ist die Spende nur ausnahmsweise Schenkung unter einer Auflage. Regelmäßig ist das Spendungsgeschäft ein zweiseitiger gegenseitig verpflichtender Vertrag zwischen Spender und Sammler zugunsten Dritter. Die Zeichnung einer Spende ist daher formlos gültig. Die Sammler bilden eine Gesellschaft, keinen nicht rechtsfähigen Verein. S. auch § 54 Ziff. 2b.

I. Vereine.

1. Allgemeine Vorschriften.

§§ 21, 22. 1. Sachau 469 ff.: Die staatliche Verleihung dient nur als Aushilfsmittel, wenn alle anderen Mittel versagen. Für das Handelsgewerbe ist in erster Linie das HGB. bestimmt. Deshalb wird der Staat das Gesuch eines Vereins, dessen Zwecke auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, regelmäßig ablehnen und den Verein zur Gründung einer der reichsgesetzlich normierten Gesellschaftsformen anhalten.

2. Altmann 57 ff.: Zu Vereinsbildungen, bei denen keinerlei Vermögensinteressen verfolgt werden (z. B. nur künstlerische, wissenschaftliche, Standesinteressen), ist auch der beschränkt Geschäftsfähige ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters befugt. Werden aber von den zukünftigen Mitgliedern vermögensrechtliche Verpflichtungen übernommen, so bedürfen Minderjährige gemäß § 107 BGB. zum Abschlusse des Gründungsvertrags bzw. Beitritt der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (vgl. IDR. **2** §§ 21, 22 Ziff. 1b).

3. IDR. **1** §§ 21, 22 Ziff. 5a, 6a und b, **2** §§ 21, 22 Ziff. 3, **3** §§ 21, 22 Ziff. 6. **a)** *Fischer sucht an der Hand der Entstehungsgeschichte und unter Hinweis auf die ähnlich gelagerten Fälle in den §§ 309, 311 Abs. 2 HGB., §§ 75, 77 Abs. 2 GmbHG., ferner unter Bezugnahme auf §§ 7, 32 FGG. darzutun, daß der Eintragung eines Vereins in das Vereinsregister und der staatlichen Verleihung der Rechtsfähigkeit konstitutive Wirkung zukommt. Der Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung oder der Verleihung kann niemals

die Löschung des Vereins von Amts wegen, die Entziehung der Rechtsfähigkeit rechtfertigen, sondern nur die Notwendigkeit der Auflösung des Vereins durch Liquidation begründen. Fischer stellt den Satz auf: „Jeder Verein, welcher in das Vereinsregister eingetragen, und jeder Verein, welchem die Rechtsfähigkeit durch einen Akt der Staatsgewalt verliehen wurde, gilt für den Rechtsverkehr so lange als rechtsfähiger Verein, bis ihm diese Eigenschaft im Verfahren nach §§ 142, 143 FGG., §§ 45—54 BGB. wieder rechtskräftig entzogen worden ist. Die Wirksamkeit der im Namen des Vereins mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte wird durch die latente Nichtigkeit der Eintragung oder Verleihung nicht berührt. **b**) OLG. **10** 26 ff. (KG.): α. Ein Verein, der im Handelsregister eingetragen steht, darf nicht zugleich im Vereinsregister eingetragen sein. β. Ein Verein, dem ein wesentliches Erfordernis, insbesondere die Eintragungsfähigkeit nach § 21 BGB. mangelt, erlangt durch die Eintragung in das Vereinsregister keine Rechtsfähigkeit.

4. (EG. Art. 84.) KGJ. **30** A 129 ff., RJA. **6** 48 (KG.): In Preußen gehören zu den ausdrücklich aufgenommenen Religionsgesellschaften ausschließlich die lutherische, reformierte und katholische Kirche, beziehungsweise im Gebiete der unierten Kirche diese an Stelle der früher gesonderten beiden Formen der evangelischen Kirche. Die einzelnen Gemeinden dieser Religionsgesellschaften fallen nicht unter Art. 13 PrVerf., sondern erlangen bei ihrer Entstehung kraft Gesetzes juristische Persönlichkeit. Dagegen gilt jede von der Gemeinschaft dieser Landeskirchen sich getrennt haltende religiöse Gemeinschaft als bloß geduldete und bedarf zum Besitze der Korporationsrechte einer gesetzlichen Verleihung. Dies gilt auch für die sogenannten freien Gemeinden. Deshalb wurde der Antrag, eine GmbH. unter der Firma: „Freie evangelische Gemeinschaft, GmbH.", deren Gegenstand „Gemeinschaftspflege und Evangelisation" war, in das Handelsregister einzutragen, zurückgewiesen. Der Vertrag über Begründung einer solchen Religionsgesellschaft in Form einer GmbH. ist nichtig (vgl. JDR. **3** §§ 21, 22 Ziff. 7c).

§ 23. 1. Eine deutsche Niederlassung in einem Konsulargerichtsbezirke kann die Rechtsfähigkeit dadurch erlangen, daß ihr durch Beschluß des Bundesrats auf Grund einer vom Reichskanzler nach Anhörung der Beteiligten erlassenen Gemeindeordnung das Recht eines Kommunalverbandes verliehen wird. (Gesetz über die Bildung deutscher Kommunalverbände in den Konsulargerichtsbezirken vom 3. 6. 05 § 1, RGBl. **05** 541.)

2. Darüber, daß sich Art. 10 EGBGB. nicht auf Handelsgesellschaften bezieht (JDR. **3** § 23 Ziff. 2), vgl. auch OLG. **10** 129 (Hamburg).

§ 25. (EG. Art. 86.) 1. Altmann 42: Der Vorbehalt des Art. 86 trifft alle juristischen Personen ohne Unterschied, auch die des öffentlichen Rechtes sowie die in besonderen Reichsgesetzen geregelten handelsrechtlichen juristischen Personen und die Genossenschaften mit Ausnahme der Versicherungsaktiengesellschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit. Für letztere gilt § 54 PrivVersUntG. vom 12. 5. 01 (vgl. JDR. **3** § 25 Ziff. 2, 3 und PrAGBGB. Art. 7 § 1 Abs. 2, § 2).

2. BayObLG. **5** 238, OLG. **10** 239 Anm.: Eine geistliche Gesellschaft kann nicht als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen werden, solange nicht die nach Artt. 7, 8 BayAGBGB. erforderliche Genehmigung zum Erwerbe des Grundstücks erteilt ist.

3. KGJ. **29** A 141 ff., OLG. **10** 129 ff. (KG.): Die landesherrliche Genehmigung (Art. 6 PrAGBGB.) wird durch die der Aufsichtsbehörde (Art. 7) nicht ersetzt. Jeder Grunderwerb im Werte von mehr als 5000 M., der nicht schon vom Landesherrn genehmigt worden ist (Artt. 6, 7 § 3), bedarf der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Art. 7 § 1). Danach ist zum Erwerb eines

Grundstücks im Werte von mehr als 5000 M. seitens einer juristischen Person, auch wenn der Erwerb durch Zuwendung von Todes wegen erfolgt und die Zuwendung, weil der Gegenstandswert 5000 M. nicht übersteigt, ohne landesherrliche Genehmigung wirksam ist, die Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde erforderlich.

4. Nach Binder ist die Erbeinsetzung einer physischen Person mit der Auflage, den Nachlaß zu den Zwecken einer juristischen Person zu verwenden, unwirksam, weil sie vorgenommen worden ist, um die Vorschriften der Art. 86 EGBGB., Art. 6 PrAGBGB. zu umgehen. Ein Rechtsgeschäft sei nicht nur nichtig, wenn es die Umgehung eines Verbotsgesetzes bezwecke (BGB. § 134), sondern auch dann, wenn es bestimmt sei, einen Erfolg zu erreichen, den das Gesetz verhindern will.

§ 26. 1. JDR. **3** § 26 Ziff. 1, 2. **a**) Altmann 125: Bisweilen besteht ein sogenannter Gesamtvorstand, dem nicht die eigentliche Geschäftsführung und Vertretung nach außen, sondern nur die Leitung der gesamten Angelegenheiten übertragen ist, während die eigentliche Geschäftsführung dem „Direktor" oder dem „geschäftsführenden Vorstande", dem „Arbeitsausschuß" zusteht. Dann sind die letzteren allein als Vorstand im Sinne des § 26 anzusehen, während der Gesamtvorstand nur die Stellung eines Kontrollorgans oder Aufsichtsrats hat. **b**) Altmann 113 ff: Besteht der Vorstand aus mehreren Mitgliedern, so steht die Vertretungsbefugnis nur diesen in ihrer Gesamtheit zu. Die Härten dieser Bestimmung können dadurch gemildert werden, daß die Willenserklärungen der sämtlichen Vorstandsmitglieder nicht gleichzeitig oder unmittelbar aufeinander, sondern von einem abgegeben werden, sofern die anderen anwesenden Vorstandsmitglieder nicht widersprechen. **c**) OLG. **10** 406 ff. (KG.): Die für die Auflassung eines Grundstücks erforderliche Erklärung muß seitens eines Vereins auch dann durch sämtliche Vorstandsmitglieder erfolgen, wenn nach den Satzungen für die Rechtsverbindlichkeit von Urkunden die Unterzeichnung mit dem Namen des Vorsitzenden genügt.

2. *Weyl 596 Anm. 7: Mit dem Worte „Umfang" (§ 26 Abs. 2 Satz 2) soll nicht das Maß der Vertretungsmacht angedeutet werden, die Wendung soll vielmehr auf den Grund der Haftung gehen.

§ 27. Eine Erläuterung des Begriffs der (schweren) Pflichtverletzung unter genauester Nachprüfung von Materialien, Literatur und Judikatur findet sich bei *Weyl 233 ff. Über „grobe Pflichtverletzung" insbesondere s. 246 ff. Die Frage, ob die „Pflichtverletzung" zugleich ein subjektives Verschulden involviert, wird von *Weyl verneint (245 ff., 248 ff., 251 ff., 506).

§ 29. Altmann 101: Beteiligte im Sinne des § 29 sind die vorhandenen Vorstandsmitglieder, die Vereinsmitglieder, aber auch ein Gläubiger (vgl. JDR. **1** § 29) oder ein Dritter, der ein Interesse daran hat, ein Rechtsgeschäft mit dem Vereine vorzunehmen, oder die zuständige Verwaltungsbehörde, soweit sie bei dem Erwerbe der Rechtsfähigkeit mitzuwirken hat, oder der die Rechtsfähigkeit verleihende Staat, gemäß § 23 der Bundesrat, oder endlich auch der Registerrichter, der über die Ordnungsmäßigkeit der von ihm geführten Register zu wachen hat.

§ 30. Altmann 126: Nicht unter § 30 fallen die in vielen Vereinssatzungen (Terraingesellschaften, Krankenhäusern usw.) vorgesehenen Sachverständigen-Kommissionen. Sie haben lediglich eine den Verein und dessen Vorstand beratende Stellung ohne jede Initiative und Vertretungsbefugnis.

§ 31. 1. **a**) *Weyl 590 ff. verneint die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen (vgl. JDR. **3** § 31 Ziff. 1). Wenn § 31 BGB. betreffs der Schadensersatzpflicht die Möglichkeit einer Verantwortlichkeit der juristischen Personen für

die Handlungen ihrer Organe eröffnet und allerdings auch die schuldhaften Handlungen in den Kreis seiner Vorschriften einbegreift, so kann man aus dieser Vorschrift lediglich eine aus Zweckmäßigkeitserwägungen entflossene gesetzliche Fiktion der Deliktsfähigkeit juristischer Personen herauslesen. **b)** Für die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen von neuem Gierke 135 ff.

2. Altmann 22: § 31 findet nur auf die Haftung Dritten gegenüber Anwendung, nicht bei Schädigungen der juristischen Person oder des verfassungsmäßig berufenen Vertreters selbst.

3. Schefold 472: Für den Schaden, den Beamte privatrechtlicher juristischer Personen in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zufügen (z. B. mit bahnpolizeilicher Gewalt ausgestattete Beamte einer Privatbahn), haftet weder der Staat noch die juristische Person (s. zu § 89 Ziff. 6d). Hier zeigt sich eine Lücke des Gesetzes.

4. Vgl. auch zu § 89 Ziff. 3 und JDR. **3** Ziff. 2. *Hölder: Das Gesetz betrachtet als Prototyp des verfassungsmäßig berufenen Vertreters den Vorstand, während unter diese Bezeichnung die Mitglieder sich nicht subsumieren lassen, deren Beschlüsse aber gleichfalls die Verantwortlichkeit des Vereins begründen (302). Die Verantwortlichkeit erweist sich als eine solche für fremdes Verhalten, namentlich, wenn es sich um Verrichtungen des Vertreters in seinem besonderen Berufe handelt (67). Die gleiche Haftung wie für ein Vereinsvermögen besteht für ein Gesellschaftsvermögen wegen des Verhaltens der in den Angelegenheiten der Gesellschaft zuständigen Personen (352).

§ 32. 1. *Hölder 62: Das Vereinsorgan ist identisch mit dem verfassungsmäßig berufenen Vertreter des § 31, wogegen jene Bezeichnung einen anderen Sinn hat, wenn im § 45 die Mitgliederversammlung ein Vereinsorgan genannt wird.

2. Nach Altmann 128 kann die Mitgliederversammlung durch die Satzung nicht völlig beseitigt werden. Vgl. JDR. **3** § 32 Ziff. 2.

§ 33. *Hölder 289 ff.: Die Möglichkeit der durch die Mitglieder vereinbarten Änderung des Vereinszwecks widerspricht dem Wesen des Vereins, wenn er nicht ausschließlich den Interessen seiner Mitglieder dient, und sie macht die Bestimmung des § 45 illusorisch, daß in diesem Falle das Vermögen des erloschenen Vereins auf den Fiskus übergeht; denn anstatt dieses Überganges können die Mitglieder sich den eigenen Erwerb des Vereinsvermögens dadurch sichern, daß sie, ehe sie den Verein auflösen, ihm einen anderen, ausschließlich ihren Interessen dienenden Zweck geben. Seinem Wesen nach ist der egoistische Verein eine besonders gestaltete Gesellschaft, dagegen der altruistische ein im Dienste des bestimmten Zweckes stehendes Kollegium und daher das Vermögen des ersten Gesellschaftsvermögen, dagegen das Vermögen des zweiten kein Privatvermögen.

§ 34. **RG. 60** 172 ff. führt zu dem im wesentlichen mit § 34 BGB. übereinstimmenden § 252 Abs. 3 HGB. aus, daß es sich bei der Beschlußfassung über die Bildung eines Organs der juristischen Person oder dessen Ergänzung (z. B. Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds) nicht um Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit dem zu Wählenden handelt. Dieser kann deshalb bei seiner eigenen Wahl mitwirken.

§ 35. KG., R. **05** 616 Nr. 2521: Die Teilnahme am Vermögen im Falle der Auflösung des Vereins gehört zu den Sonderrechten, die ohne Zustimmung der beteiligten Mitglieder nicht beeinträchtigt werden können.

§ 39. 1. Altmann 135: Weitere Erschwerungen des Austritts, als im § 39 Abs. 2 vorgesehen sind, z. B. Beglaubigung der Austrittserklärung, Strafe für den Fall des Austritts, können durch die Satzung nicht festgesetzt werden.

2. Altmann 137 schließt sich bezüglich der richterlichen Nachprüfung der Ausschließung eines Mitglieds dem RG. an (vgl. JDR. 2 § 39 Ziff. 1), meint jedoch, daß man in bezug auf Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht so weit gehen dürfe, Aufstellung einer Tagesordnung für die Mitgliederversammlung, deren Kundgabe an den Kläger und Verlesen in der Versammlung als notwendig zu verlangen.

§ 42. *Weyl 312, 585 ff.: Auf das „Verschulden" der Vorstandsmitglieder (§ 42 Abs. 2) finden die §§ 827 ff. BGB. Anwendung. „Verzögern" ist (anders als „unverzüglich") lediglich ein objektiver, von subjektivem Verschulden begrifflich verschiedener Vorgang.

§ 43. *Weyl 216 ff., 336, 506: „Gesetzwidrig" weist nur auf objektives Unrecht, nicht auf subjektives Verschulden.

§ 47. Altmann 164 schließt sich der Ansicht an, daß der Anfallberechtigte nur eine Forderung auf Ausantwortung des Überschusses gegen den Verein hat. Vgl. JDR. **1** § 47.

§ 53. Über „Verpflichtungen verletzen" s. zu § 27. *Weyl 249 ff., 568 Anm. 1: Das Wort „verletzen" deutet nicht, wie die Motive I 281 und IV 296 irrig annehmen, ein Verschulden an.

§ 54. 1. JDR. **1** § 54 Ziff. 1, **3** § 54 Ziff. 1. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1014: Ein nicht rechtsfähiger Verein ist eine Gesellschaft, die so organisiert ist, daß sie ihren Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganzes gegenübertritt und im Verkehr als solches sich gibt und genommen wird, die, soweit dies rechtlich möglich ist, die Stellung eines rechtsfähigen Vereins nach außen haben will, obwohl sie nicht rechtsfähig ist. Ein nicht rechtsfähiger Verein ist also eine Gesellschaft, welche nach Art der juristischen Personen korporativ organisiert ist. **b)** Nach Sachau 461 ff. ist der nicht rechtsfähige Verein seinem Wesen nach eine Gesellschaft, kein Verein, auch keine Zwischenstufe zwischen Verein und Gesellschaft. Die Spezialvorschriften für die nicht rechtsfähigen Vereine (ZPO. §§ 50, 735, KO. § 213) sind positive Vorschriften zum Schutze Dritter. **c)** **RG. 60** 94 ff., DJZ. **05** 457 Nr. 34: In dem entschiedenen Falle wurde das Vorliegen eines nicht rechtsfähigen Vereins, nicht einer Gesellschaft, schon deshalb angenommen, weil ein Wechsel in dem Mitgliederstande nach dem Wesen und der Gestaltung der Vereinigung von selbst und mit Notwendigkeit gegeben war. Ferner wird ausgeführt, daß, selbst wenn man für das Vorliegen eines Vereins einen Namen fordere, unter dem die Vereinigung nach außen als Einheit erscheine, es genüge, wenn die Vereinigung sich tatsächlich im Verkehr einen Namen beilege. Daß im Gesellschaftsvertrag ein Name bestimmt sei, sei nicht erforderlich. Darauf, daß die Urkunde über die Errichtung der Vereinigung als Gesellschaftsvertrag bezeichnet worden war und daß dessen Inhalt für die Annahme sprach, daß die Beteiligten nicht einen Verein, sondern eine Gesellschaft ins Leben rufen wollten, wurde entscheidendes Gewicht nicht gelegt. **d)** Sachau 468 ff., 471 ff.: Der nicht rechtsfähige Verein ist von den beiden dem BGB. bekannten Arten des Vereins der einzige, der als Unternehmer eines Handelsgewerbes auftreten kann (vgl. zu §§ 21, 22 Ziff. 1). Betreibt er unter gemeinschaftlichem Namen ein Handelsgewerbe, so ist er ipso iure offene Handelsgesellschaft (479, 481).

2. **a)** *Müller: Gesellschaften oder Genossenschaften sind in der Zeit vor ihrer Eintragung als „Verein ohne Rechtsfähigkeit" anzusehen, wenn die Beteiligten schon vor der Eintragung einen Verein, wie er auch nach der Eintragung bestehen soll, bilden wollen und dementsprechend im Rechtsverkehr auftreten; haben sie sich in dieser Zeit nur vorübergehend zur Konstituierung eines rechtsfähigen Vereins zusammengeschlossen, um sich erst nach ihrer Eintragung als

Verein zu betätigen, so finden die §§ 705 ff. Anwendung. Vgl. Sachau 446 ff. und JDR. 2 § 54 Ziff. 1. **b**) Altmann 71: Das Komitee eines Sammelunternehmens bildet nicht einen nicht rechtsfähigen Verein (vgl. JDR. 2 § 54 Ziff. 2), sondern eine Gesellschaft, jedoch kann dem Komitee durch korporative Organisation die rechtliche Stellung eines nicht rechtsfähigen Vereins zuteil werden (75). Vgl. auch vor §§ 21, 22 Ziff. 5.

3. **a**) Sachau 453: Für die nicht rechtsfähigen Vereine gelten in materieller Beziehung nach § 54 Satz 1 die §§ 705—740. Da jedoch die Form eines nicht rechtsfähigen Vereins nicht die einer Gesellschaft, sondern die einer Korporation ist, so gelten die lediglich die Organisation bestimmenden Vorschriften des Vereinsrechts auch für die nicht rechtsfähigen Vereine (z. B. die §§ 24, 26 Abs. 1, 27 Abs. 1 und 2, 32, 39). Vgl. hierzu Goldmann-Lilienthal **1** 50 Anm. 1. **b**) *Weyl 167, 590 Anm. 3 verneint die Anwendung des § 31 auf nicht rechtsfähige Vereine. Ebenso Sachau 454 ff. Vgl. JDR. **1** § 54 Ziff. 7.

4. **a**) *Hölder 281 ff.: Der nicht rechtsfähige Verein ist eine Gesellschaft, deren nicht geschäftsführende Gesellschafter mehr als bestimmte Beiträge nicht schulden. Daher vertritt sie der Geschäftsführer der Gesellschaft nicht als solche, die der anderen Partei persönlich haften, sondern nur als solche, deren Beiträge zum Gesellschaftszweck, insbesondere zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger zu verwenden ihm zusteht und obliegt. Außer dem von ihm verwalteten Gesellschaftsvermögen haftet den Gesellschaftsgläubigern auch sein Vermögen in Gemäßheit des Grundsatzes, wovon Ausnahmen zwar kraft Gesetzes bestehen, aber nicht durch Privatwillenserklärung gemacht werden können, daß keine Begründung von Verbindlichkeiten möglich ist, ohne daß jemand dafür persönlich, d. h. mit seinem ganzen Vermögen haftet. Vgl. JDJ. **1** § 54 Ziff. 7. **b**) Sachau 475: Eine Bestimmung der Satzungen eines nicht rechtsfähigen Vereins, durch welche die Vertretungsmacht der Geschäftsführer dahin begrenzt wird, daß sie die Mitglieder nur bis zur Höhe der von diesen gezahlten Beiträge verpflichten können, ist wirksam.

5. JDR. **1** § 54 Ziff. 9, **2** § 54 Ziff. 8. **a**) *Dürr 3 ff.: Wenn durch die Satzung eines nicht rechtsfähigen Vereins die Ausschließung von Mitgliedern nicht einem Vereinsorgane zugewiesen ist, so kann sie nur durch übereinstimmende Erklärung der sämtlichen übrigen Mitglieder erfolgen. Durch Beschluß der Mitgliederversammlung kann sie nicht wirksam ausgesprochen werden, wenn nach der Satzung ausschließlich die Zuständigkeit des Vorstandes begründet ist. Nur wenn Ausschließungsgründe und Ausschließungsverfahren in der Satzung normiert sind, ist die materielle Grundlage eines Ausschließungsbeschlusses der Nachprüfung des Gerichts entzogen.

b) **RG.** JW. **05** 315 (1): α. Die Mitglieder eines nicht rechtsfähigen Vereins unterstehen dessen Satzungen, denen sie sich durch freie Willensbestimmung bei ihrem Eintritt unterworfen haben, nur so lange, als die Mitgliedschaft dauert. Von dem Augenblicke des Ausscheidens an sind sie, unbeschadet der aus dem Gesellschaftsverhältnis entsprungenen etwa noch unerledigten vermögensrechtlichen Verpflichtungen, dem Machtbereiche der Satzungen entrückt. Nach seinem Austritte kann ein Mitglied nicht mehr auf Grund der Satzungen ausgeschlossen werden. Das Ausschließungsrecht des Vereins ist infolge dieses Austritts erloschen. Daher wurde der Beschluß eines studentischen Korps, ein früheres mit Zustimmung des Korps freiwillig ausgetretenes Mitglied cum infamia zu exkludieren, für rechtsungültig erklärt. β. Die bürgerlichen Gerichte bilden nicht eine Instanz hinsichtlich der von den Vereinsorganen erlassenen Beschlüsse; sie sind daher nicht in der Lage, solche Beschlüsse aufzuheben. Sie können ihnen nur die Rechtswirksamkeit versagen oder absprechen.

6. *Nußbaum: Der nicht rechtsfähige Verein ist nur passiv parteifähig (vgl. JDR. **1** § 54 Ziff. 8, **3** Ziff. 4), muß jedoch zu allen Klagen zugelassen werden, die, „obwohl nach dem Systeme der Prozeßordnung formell selbständiger Natur, der Sache nach dem Schutze des im Hauptprozesse Beklagten dienen". Daß der Verein im Rechtsstreite die Stellung einer juristischen Person genießt, ist nicht, wie Kohler versucht, aus dem Gedanken der Prozeßstandschaft zu erklären, sondern es liegt eine Erscheinung vor, die man als „partielle Prozeßunfähigkeit" der Mitglieder bezeichnen kann, indem die Mitglieder zwar Partei sind, aber im Rechtsstreite kraft Gesetzes durch ihren Vorstand vertreten werden. Das gilt auch für die Zwangsvollstreckung, so daß aus einem Schuldtitel gegen den Verein Vermögensstücke des Vereins auch bei einem Mitgliede gepfändet werden können. Nicht minder kann eine Vereinsforderung, die in Wahrheit eine solche der gesamten Mitglieder ist, gepfändet werden (vgl. JDR. **1** § 54 Ziff. 8 f.). Im Vereinskonkurse sind die Mitglieder als Gemeinschuldner anzusehen, jedoch nur in ihrer Eigenschaft als Mitglieder, und auch im Konkurse werden sie kraft Gesetzes durch den Vorstand vertreten. Soweit der Konkursverwalter namens der Masse Rechtshandlungen vornimmt, haftet er nicht aus § 54 Satz 2 BGB. Über Anfechtung bei fraudulosem Verhalten des Vereins vgl. 140. Tritt der Verein aktiv als Kläger auf, so ist er durch Urteil abzuweisen. Hat das Gericht ihn jedoch für rechtsfähig gehalten, so ist das Urteil der formellen und materiellen Rechtskraft fähig. Soweit dem Verein die Parteifähigkeit versagt ist, müssen alle Mitglieder zu gesamter Hand klagen, sie alle sind im Klagerubrum namhaft zu machen. Ein Mitgliederwechsel hat jedoch keinen Einfluß auf den Prozeß. Bei derartigen Prozessen der zur gesamten Hand auftretenden Mitglieder besteht Parteiidentität im Verhältnisse zu Rechtsstreitigkeiten des Vereins als solchen, so daß z. B. Rechtshängigkeit und Rechtskraft bei den letztgenannten Prozessen für und gegen die Mitglieder wirken und umgekehrt. Den aus der Versagung der aktiven Parteifähigkeit sich ergebenden Schwierigkeiten kann der Verein nicht dadurch entgehen, daß der Vorstand ermächtigt wird, die Rechte des Vereins im eigenen Namen geltend zu machen. Über Einzelfragen (ausländische Vereine, Übergangszeit, Handelsrecht, freiwillige Gerichtsbarkeit, Verwaltungsstreitverfahren) s. 155 ff.

7. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1014: Die Frage, ob eine Gesellschaft als nicht rechtsfähiger Verein im Sinne des § 50 Abs. 2 ZPO. anzusehen ist, ist jedenfalls für die seit 1900 begonnenen Rechtsstreite nach dem neuen Rechte zu entscheiden, auch wenn die Gesellschaft als vor 1900 entstanden gemäß Art. 170 EGBGB. in materieller Beziehung nach altem Rechte zu beurteilen ist. Vgl. KGBl. **05** 10 ff. **b)** Die im JDR. **3** § 54 Ziff. 5 angezogene Entscheidung des OLG. Frankfurt a. M. ist ausführlich wiedergegeben in OLG. **10** 57.

2. Eingetragene Vereine.

§ 57. Altmann 93: Hat der Verein sich einen bestimmten Namen beigelegt, so genießt er den Schutz des § 12 gegenüber eingetragenen Vereinen, die an demselben Orte oder in derselben Gemeinde ihren Sitz haben. Vgl. JDR. **1** § 57 Ziff. 1.

§ 59. *Hölder: Dadurch, daß über die Beiträge der Mitglieder die Satzung Bestimmungen nur enthalten „soll" und daß die Mitglieder nur die durch die Satzung bestimmten Beiträge schulden, ist es möglich, daß durch die Eintragung einer Gesellschaft als Verein für die Zukunft nicht nur die persönliche Haftung der Mitglieder, sondern auch jede Pflicht der Mitglieder wegfällt, für die Vereinsschulden aufzukommen.

§ 60. 1. Altmann 174: Der richterlichen Prüfung unterliegt nicht, ob der Verein verboten werden kann, ob er einen politischen, sozialpolitischen, religiösen Zweck verfolgt (§ 61 Abs. 2), ob der Vereinszweck ein zu billigender ist, ob der angenommene Name dem Vereinszweck entspricht, ob Satzungsbestimmungen unpraktisch sind usw. Vgl. IDR. **1** § 60 Ziff. 1.

2. IDR. **1** § 60 Ziff. 2, 3, **2** § 60 Ziff. 1—3, **3** § 60 Ziff. 1. **a**) Auch das OLG. Jena (R. **05** 310 Nr. 1420) hat sich der herrschenden Ansicht angeschlossen, daß § 60 Abs. 2 BGB. nicht nur dann Anwendung findet, wenn die Zurückweisung der Eintragung wegen Fehlens der Voraussetzungen der §§ 56—59 BGB. erfolgt ist, sondern auch dann, wenn die Eintragung versagt ist, weil der Verein nicht zu den nach § 21 BGB. eintragungsfähigen Vereinen gehöre. Eine weitere Beschwerde finde nur unter den Voraussetzungen des § 568 Abs. 2 ZPO. statt. **b**) Entgegen KG. (vgl. IDR. **2** § 60 Ziff. 1), wonach in den Fällen der freiw. Gerichtsbarkeit, wo der erstinstanzliche Beschluß der sofortigen Beschwerde nach der ZPO. unterlag, bei der sofortigen weiteren Beschwerde gegen die zweitinstanzliche Entscheidung die ZPO. nur für die Voraussetzungen dieses Rechtsmittels maßgebend sei, der Instanzenzug, die Zuständigkeit für die Entscheidung über das Rechtsmittel aber sich nicht nach der ZPO., sondern nach dem FGG. bestimmen soll, führt *Frese unter ausführlicher Darlegung der Entstehungsgeschichte aus, daß die sofortige weitere Beschwerde nach der ZPO. nach Voraussetzung und Wirkung (Instanzenzug) von der weiteren Beschwerde des FGG. (§§ 28, 199) verschieden sei, und daß auf das zivilprozessuale Rechtsmittel die für das Rechtsmittelverfahren der freiw. Gerichtsbarkeit gegebenen Vorschriften nicht, auch nicht teilweise, sondern ausschließlich die Vorschriften der ZPO. anzuwenden seien. **c**) KG., KGJ. **29** A 109, RJA. **5** 187, OLG. **10** 324: Die Kammern für Handelssachen sind zur Entscheidung über Beschwerden in Vereinsregistersachen nicht zuständig. Daß im § 159 FGG. der § 143 und in diesem § 30 Abs. 1 Satz 2 FGG. angezogen ist, ändert nichts daran, daß die Kammern für Handelssachen immer nur für Handelssachen zur Entscheidung über Beschwerden zuständig sind.

§ 61. 1. PrOVG., PrVerwBl. **26** 735 ff.: Die Ermittelung der wahren Vereinszwecke ist nicht auf die Vereinssatzungen beschränkt, sondern kann dem gesamten Vereinsleben entnommen werden. Die Verwaltungsbehörde kann daher ihren Einspruch gegen die Eintragung auch mit der Behauptung verteidigen, daß das nach Zurückweisung einer Eintragung beschlossene neue Statut ein Scheinstatut sei zum Zwecke der Täuschung der Behörden. Der Verein wolle trotz des neuen Statuts und des veränderten Namens in Wahrheit nach den alten Satzungen leben und die darin bezeichneten Zwecke verfolgen, er sei mit dem früheren Vereine identisch. Daß dies der Fall ist, geht aber nicht schon daraus hervor, daß der Verein dieselben Mitglieder, dieselbe Organisation, dieselben Einrichtungen behalten hat. Er kann nach Zurückweisung seiner Klage gegen den ersten Einspruch nicht mehr tun, um die Zwecke, derentwegen ihm die Eintragung versagt worden ist, aufzugeben, als daß er beschließt, die betreffenden Bestrebungen auszuscheiden und dieser veränderten Richtung in dem neuen Statut Ausdruck zu geben. Sache der Verwaltungsbehörde ist es dann, zu beweisen, daß trotz der Statutenänderung und nach ihr der Verein sich wie früher der Verfolgung solcher Zwecke gewidmet habe, welche den Einspruch rechtfertigen. Vgl. IDR. **1** § 61 Ziff. 5, **2** § 61 Ziff. 3, **3** § 61 Ziff. 3.

2. OLG. **10** 27 ff. (KG.): Der Verwaltungsbehörde liegt es nicht ob, darüber zu wachen, daß in das Vereinsregister nur eintragungsfähige Vereine eingetragen werden bzw. daß das Register sonst richtig geführt wird. Sie kann ihren Einspruch nur auf die im § 61 Abs. 2 BGB. aufgeführten Tatsachen gründen,

nicht aber darauf, daß der Verein, weil er einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb bezwecke, nicht eintragungsfähig sei. Der Einspruch ist kein Rechtsmittel gegen die Eintragungsverfügung des Amtsgerichts, sondern er dient dazu, das im Staatsinteresse auszuübende Verbotsrecht gegen die Eintragung von solchen Vereinen zur Geltung zu bringen, die an sich eintragungsfähig sind und als solche vom Amtsgericht anerkannt werden.

§ 63. Altmann 182: Ist die Eintragung trotz Fehlens der Erfordernisse des § 63 erfolgt, so kann der Registerrichter, sei es von Amts wegen, sei es auf Antrag der Verwaltungsbehörde, die Eintragung löschen (§§ 159, 142, 143 FGG.).

II. Stiftungen.

§ 80. 1. Über das Wesen der Stiftung s. Ziff. 1 vor §§ 21, 22.

2. Ortloff 25: Die Gemeinnützigkeit der Zuwendung zu bestimmten Zwecken der Wohlfahrt, Wohltätigkeit, der Förderung edler Bestrebungen, aber auch des geselligen Verkehrs und dergl. ist das charakteristische Merkmal der Stiftung, die als Dauervermögen, als ewiges Geschenk den Stifter mit seinen Absichten und Zwecken in der Nachwelt als überdauernde Persönlichkeit gewissermaßen fortsetzt und repräsentiert. Das Substrat der Stiftungen bildet das Stiftungsvermögen, nicht wie bei Vereinen die Mitglieder (32). Die Rechtsfähigkeit des Stifters ist auf die Stiftung als selbständige Person übergegangen, sie wird vom Stifter in Beziehung auf das Stiftungsvermögen losgelöst und der Stiftung als neuer Persönlichkeit staatlich verliehen (33).

3. *Jacke 3 ff.: Zu den notwendigen Bestandteilen des Stiftungsgeschäfts gehört eine Zuwendung des Stifters an die Stiftung. Ebenso Ortloff 36 ff. Vgl. JDR. **3** § 80 Ziff. 3.

4. Weißler empfiehlt als sicherstes Mittel zur Verwirklichung der Absicht eines Erblassers, seiner Witwe den ungestörten Genuß seines ganzen Vermögens für ihre Lebenszeit zu sichern, ohne, wie bei testamentarischer Bestimmung, der Anfechtung wegen Pflichtteilsverletzung seitens der Kinder ausgesetzt zu sein, oder, wie beim Kaufe einer Leibrente aus einer Lebensversicherung zugunsten der Frau, bedeutende Kapitalien hergeben zu müssen, die Errichtung einer Familienstiftung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Der Stifter behält sich für seine Lebenszeit Verwaltung und Nutznießung mit dem Rechte freiester Verfügung vor. Für den Fall seines Todes fließen die Einkünfte seinem Ehegatten zu. Nach dem Tode des Ehegatten sind die Einkünfte an die Abkömmlinge des Stifters nach Verhältnis ihrer Erbteile zu verteilen; mit Zustimmung oder durch Mehrheitsbeschluß der Abkömmlinge kann auch eine Kapitalabfindung gewährt werden. In den späteren Geschlechtsfolgen nimmt die Stiftung den Charakter einer Wohltätigkeitsanstalt an, die nur noch bedürftige Abkömmlinge des Stifters und ihre Witwen unterstützt. — Eine Anwendung des § 2325 BGB. komme gegenüber der Errichtung der Stiftung nicht in Frage, weil diese Errichtung keine Schenkung sei und der Anspruch aus § 2325 sich gegen den Nachlaß, nicht gegen die Stiftung richte.

§ 81. Nach Ortloff 36, 181, 193 ff. ist das Stiftungsgeschäft ein Angebot des der Stiftung zuzuwendenden Vermögens an die Behörde, deren Genehmigung die Annahme des Angebots darstellt. Das Stiftungsgeschäft werde erst mit der staatlichen Genehmigung ein wirklich vollendetes Rechtsgeschäft. Vgl. JDR. **1** § 80 Ziff. 7, § 81.

§ 82. 1. *Hölder 298 ff.: Gegenstand der Genehmigung ist nicht sowohl die Stiftung als das Stiftungsgeschäft, und dessen Genehmigung ist nicht eine bloße staatliche Zustimmung zu einer privaten Bestimmung, sondern eine auf den Antrag des Stifters ergehende staatliche Bestimmung. Vgl. JDR. **1** § 80 Ziff. 7.

2. **a)** *Jacke: Die Forderung der Stiftung gegen den Stifter auf Übertragung des im Stiftungsgeschäfte zugesicherten Vermögens ist weder Revalierungs- noch Schenkungsforderung. Sie läßt sich überhaupt nicht in eine auf alle Fälle passende Kategorie bringen, ist vielmehr sui generis. Welche Rechtssätze auf sie Anwendung finden, richtet sich nach der der Errichtung der Stiftung zugrunde liegenden causa. Ist die causa Freigebigkeit, so ist die Forderung der Stiftung analog einer Schenkungsforderung zu behandeln. Ist die causa die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, so finden die für die Erfüllung der rechtlichen Verpflichtung in Betracht kommenden Rechtssätze auch auf die Forderung der Stiftung Anwendung. Dies gilt insbesondere für den Grad der von dem Stifter zu gewährleistenden Sorgfalt (8 ff.). ➸ Vgl. Ortloff 183. Red. ⟵ **b)** Es ist nicht richtig, daß den Stifter vor der Genehmigung der Stiftung keinerlei Haftung trifft und er infolgedessen bis zur Genehmigung in der Verfügung über die der Stiftung zugesicherten Gegenstände unbeschränkt ist. Der Stifter haftet vielmehr schon vom Vollzuge der Stiftungsurkunde an unter der dreifachen Voraussetzung, daß die Urkunde zur Genehmigung eingereicht, daß das Stiftungsgeschäft nicht widerrufen und die Genehmigung erteilt wird (vgl. JDR. **1** § 82 Ziff. 2). Die anderweitige Veräußerung von Stiftungsvermögen kann für sich allein als rechtswirksamer Widerruf nicht gelten. Erfolgt sie vor der Stellung des Antrags auf Genehmigung der Stiftung, so muß eine Abänderung der Stiftungsurkunde oder eine Anzeige an die demnächst zur Genehmigung berufene Behörde von der bevorstehenden oder bereits geschehenen Veräußerung hinzukommen. Erfolgt sie nachher, so ist eine entsprechende Anzeige an die mit der Genehmigung befaßte Behörde erforderlich und genügend (16 ff.). **c)** Die vor der Genehmigung der Stiftung bestehende Haftung des Stifters ist nicht bedingt im Sinne der §§ 160, 161 BGB., jedoch analog einer bedingten Haftung zu behandeln (24).

§ 83. Ortloff 185, 198 ff.: **a)** Wenn der Erblasser seine Erben letztwillig mit der Errichtung einer Stiftung beauftragt als Auflage, so errichten die Erben erst das Stiftungsgeschäft unter Lebenden infolge einer Verfügung des Erblassers als intellektuellen Urhebers. Vgl. JDR. **1** § 83 Ziff. 2. **b)** Die Verfügung von Todes wegen, in der das Stiftungsgeschäft besteht, kann auch ein Erbvertrag sein. Die Genehmigung kann schon bei Lebzeiten des Stifters erteilt werden (186, 187).

§ 84. 1. *Jacke 34 ff.: Die Bestimmung des § 84 findet bei Stiftungen unter Lebenden nur auf solche Zuwendungen Anwendung, die der zukünftigen Stiftung außerhalb des Stiftungsgeschäfts durch Verfügung von Todes wegen gemacht werden, nicht auch auf die Zuwendungen, die das Stiftungsgeschäft selber enthält. Hinsichtlich der letzteren bleibt es bei der Bestimmung des § 82, daß erst mit der Genehmigung der Stiftung die (definitive) Verpflichtung des Erben zur Übertragung des im Stiftungsgeschäfte zugesicherten Vermögens entsteht und daß erst mit diesem Zeitpunkte die Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, auf die Stiftung übergehen. ➸ Vgl. dagegen Goldmann-Lilienthal I 110β. Red. ⟵

2. KGJ. **28** A 86 (KG.): Die als Nacherbe berufene Stiftung kann Nacherbe werden, auch wenn sie selbst zur Zeit der Nacherbfolge noch nicht existent geworden ist. Das Recht der im Testament errichteten und zum Nacherben eingesetzten, aber noch nicht genehmigten Stiftung muß im Grundbuche von Amts wegen eingetragen werden, wenn der Erbe eingetragen wird (GBO. § 52).

§ 85. *Hölder 248 ff.: Verfassung der Stiftung heißt im weiteren Sinne ihre ganze Normierung, im engeren Sinne die Normierung ihrer Verwaltung. Jenen Sinn hat das Wort in den §§ 85 und 88, diesen in §§ 86 und 87.

§ 86. 1. KGJ. **30** A 63 ff. (KG.): Der Stifter ist berechtigt, das Gericht ausschließlich mit der Verwaltung einer Familienstiftung zu befassen. Dann bildet die zuständige Gerichtsbehörde den Vorstand, d. h. das die Stiftung vertretende Organ. Daß zwischen der Errichtung des Stiftungsgeschäfts und dem Inslebentreten der Stiftung die Gerichtsorganisation eine andere geworden ist, ist ohne Belang. Die Zuständigkeit des Gerichts richtet sich nach der jeweiligen Justizorganisation. — Neben derjenigen Behörde, die im vollen Umfange die Verwaltung führt, ist nicht noch ein besonderer Vorstand denkbar.

2. Ortloff 38 ff.: Durch die Verfassung kann das Anrecht an den Stiftungsgenuß an bestimmte persönliche Eigenschaften geknüpft werden, so daß ohne Dazwischentreten der Stiftungsorgane den betreffenden Personen eine Klage auf Einsetzung in den Stiftungsgenuß offensteht; auch vermögensrechtliche Gegenleistungen (laufende Beiträge) können statutenmäßig den Genußberechtigten auferlegt werden. Vgl. JDR. **1** § 86 Ziff. 2, **3** § 86.

§ 87. *Hölder 262: Die erforderliche Gefährdung des Gemeinwohls besteht, sobald der Fortbestand der Stiftung in ihrem bisherigen Bestande dem Gemeinwohle mehr schädlich als nützlich ist.

§ 88. *Hölder 263: Die reichsgesetzliche subsidiäre Erbfolge des Fiskus ist für Stiftungen nicht besonders bestimmt, aber gleichwohl anzunehmen. ➳ Vgl. Ortloff 43 ff. und JDR. **1** § 88. Red. ⇜

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes.

§ 89. 1. Altmannn 4 ff.: Das Kennzeichen der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen besteht darin, daß sie im wesentlichen den Bestimmungen des öffentlichen Rechtes unterliegen, indem die Grundsätze des öffentlichen Rechtes im allgemeinen Interesse das Verhältnis der juristischen Person nach innen und außen regeln. Damit steht im Zusammenhange, daß diese Art juristischer Personen vielfach öffentlich-rechtliche Funktionen zu erfüllen haben, unmittelbar zur Erfüllung staatlicher Aufgaben berufen sind oder wenigstens die allgemeinen Staatsaufgaben unterstützen. — Die durch einen Staatsakt begründeten Stiftungen sind stets als öffentlich-rechtliche anzusehen. Vgl. JDR. **1** § 89 Ziff. 5, **2** § 89 Ziff. 1, 2.

2. **a)** *Hölder: Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes lassen sich nicht streng voneinander unterscheiden. Insbesondere erlöschen jene nicht gleich Vereinen durch den Wegfall ihrer Mitglieder (226 ff.). Die Stiftungen des öffentlichen Rechtes lassen sich auch nicht scharf gegen andere Stiftungen abgrenzen. ➳ S. unter 1 a. E. und JDR. **1** § 89 Ziff. 4. Red. ⇜ **b)** OLG. **10** 45 (Cassel): Die althessische Ritterschaft ist eine öffentlich-rechtliche Korporation. **c)** Eine umfassende Zusammenstellung der juristischen Personen des öffentlichen Rechtes im Reich und in Preußen findet sich bei Altmann 11 ff.

3. Verfassungsmäßig berufene Vertreter. S. auch zu § 31 Ziff. 4 und JDR. **3** § 89 Ziff. 2. **a)** Die vom RG. früher aufgestellten Merkmale für die Unterscheidung der „verfassungsmäßig berufenen" von anderen Vertretern (vgl. JDR. **2** § 31 Ziff. 4a) sind wiederholt festgestellt in **RG.** PrVerwBl. **27** 268. Auf die größere oder geringere Selbständigkeit und den Charakter der dienstlichen Verrichtungen, ob sie rechtsgeschäftlicher oder technischer Natur, dauernd oder vorübergehend sind, kommt es nicht an. Vgl. JDR. **1** § 31 Ziff. 3, **3** § 31 Ziff. 2. **b) RG.** DJZ. **05** 699 (59): Organe des Fiskus im Sinne der §§ 31, 89 BGB. bei Verwaltung der Gerichtsgebäude sind der Erste Staatsanwalt und der Landgerichtspräsident. Ihnen ist aber nicht zuzumuten, daß sie das Gerichtsgebäude in allen seinen Teilen jederzeit selbst

überwachen. Eine Verletzung ihrer Pflicht hinsichtlich der Fürsorge oder Aufsicht liegt nur dann vor, wenn ein gefahrdrohender Zustand längere Zeit andauernd bestanden hat. Für ein Verschulden des Kastellans und des Obersekretärs, denen sie die Aufsicht anvertraut haben, haften sie nur gemäß § 831 BGB. Vgl. JDR. **2** § 89 Ziff. 5h, **3** § 89 Ziff. 2d. **c)** Das im JDR. **3** § 89 Ziff. 2d angezogene Urteil des RG. ist auch abgedruckt in GruchotsBeitr. **49** 635 ff. **d)** **RG.** PrVerwBl. **27** 268: Der Eisenbahnbetriebsinspektor ist die Behörde, die in Preußen verfassungsmäßig berufen ist, für die Ausführung der Verpflichtung des Streuens zur Beseitigung der Eisglätte auf den Treppenstufen einer Unterführung zu sorgen. Vgl. JDR. **1** § 89 Ziff. 8g, **2** § 89 Ziff. 5g. **e)** In **RG.** PrVerwBl. **27** 268 wurde ein Brennereiinspektor nicht als verfassungsmäßig berufener Vertreter der Stadtgemeinde erachtet. **f)** **RG.** R. **05** 616 Nr. 2523: In Bayern sind Stationsvorstände und deren Gehilfen nach dem Behördenorganismus der bayrischen Verkehrsanstalten nicht als verfassungsmäßig berufene Vertreter des Eisenbahnfiskus zu erachten. **g)** OLG. Stuttgart, R. **05** 249 Nr. 1090: Ein Straßenwärter ist nicht verfassungsmäßig berufener Vertreter des Staates.

4. Beweislast. **a)** Jebens erörtert ausführlich die Haftung der Gemeinden für ihre Vertreter nach den §§ 278, 331, 89, 31 BGB., Art. 77 EG. Dabei führt er bezüglich des Verhältnisses der §§ 31, 89 zu den §§ 278, 831 BGB. aus, daß die letzteren durch erstere recht erheblich berührt worden seien. §§ 278, 831 fänden bei juristischen Personen unbeschränkt und ausschließlich nur auf Handlungen anderer als verfassungsmäßiger Vertreter Anwendung. Bei einer Schädigung durch die Handlung eines verfassungsmäßigen Vertreters bedürfe es nicht erst des Zurückgehens auf die §§ 278, 831. **b)** **RG.** PrVerwBl. **27** 268: Wenn es feststeht, daß es entweder an einer die regelmäßige öftere Reinigung der Brunnen gebietenden allgemeinen Anordnung oder an einer genügenden Aufsicht über die Reinigung fehlte, so ist die Stadtgemeinde für diese Unterlassungen in der allgemeinen Verwaltung und Aufsicht verantwortlich, ohne daß es auf die Feststellung ankommt, welche einzelnen Vertreter der Stadtgemeinde der Vorwurf eines Verschuldens trifft. **c)** **RG.** JW. **05** 284 Nr. 8: Gegenüber der Feststellung, daß zur Zeit des Unfalls irgendwelche Vorsichtsmaßregeln zum Schutze des Publikums nicht getroffen waren, war es Sache der beklagten Stadtgemeinde, darzulegen, daß sie alles getan habe, um die ihr obliegende Pflicht zu erfüllen.

5. Fälle der Schadensersatzpflicht auf Grund der §§ 89, 31. **a)** **RG.** JW. **05** 284 Nr. 8: Die beklagte Stadtgemeinde, die auf der ihr gehörigen öffentlichen Straße Bäume fällen ließ, hatte für die zum Schutze des Publikums erforderlichen Absperrungsmaßregeln zu sorgen. Dieser Verpflichtung genügte sie nicht dadurch, daß sie die Verrichtung einem tüchtigen Stadtgärtner übertrug. Zu dessen Obliegenheiten gehört es nicht, den Verkehr auf einer öffentlichen Straße zu regeln und die für die Sicherheit des Publikums erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Vielmehr war es Sache der Beklagten selbst, d. h. ihrer verfassungsmäßigen Vertreter, dies in jedem Einzelfalle zu tun. **b)** **RG.** JW. **05** 199 Nr. 1: Eine Erleuchtung der Ortsstraßen die ganze Nacht hindurch wird von dem Verkehrsbedürfnis einer kleineren Gemeinde allgemein nicht gefordert und kann auch nach Maßgabe ihrer wirtschaftlichen Lage nicht wohl verlangt werden. Es kommt auf die Feststellung an, wie lange mit einem Verkehr auf der fraglichen Straße überhaupt zu rechnen war, sowie welche Anordnungen die Gemeinde hinsichtlich der Beleuchtung getroffen hatte, und ob danach der Mangel der Beleuchtung am Unfallsabend überhaupt als ein Verschulden und die Haftung der Beklagten begründender Zustand erscheint, sei es,

daß das Verschulden in fehlerhaften Anordnungen oder in ungenügender allgemeiner Aufsicht der Vertreter der Gemeinde (§§ 30, 31, 89, 823) bestand, oder ob der Mangel lediglich in einer Unterlassung von Angestellten (§ 831) in der Ausführung der sachgemäß getroffenen und hinsichtlich der Befolgung auch genügend beaufsichtigten Anordnungen seinen Grund hatte. **c)** **RG.** R. **05** 529 Nr. 2093: Die Gemeinde haftet, wenn ihre Beamten in Ausübung des von der Gemeinde betriebenen Gewerbes Patente verletzen. Vgl. auch Altmann 22. **d)** **RG.** JW. **05** 486 Nr. 4: Eine Stadtgemeinde war wegen eines Unfalls in Anspruch genommen, der durch die Unterlassung von Sperrmaßregeln bei der Einengung einer Straße infolge Aufreißens des Pflasters entstanden war. Hierzu wird ausgeführt: Die Verantwortung für eine solche Unterlassung kann auch die Stadtgemeinde nicht auf den Unternehmer abwälzen, dem sie die Arbeiten übertragen hatte (§ 831). Die Regelung des Verkehrs auf der öffentlichen Straße und die Anordnung der für die Sicherheit des Verkehrs und des Publikums erforderlichen Maßregeln gehörte nicht zu seinen Obliegenheiten, diese war vielmehr in jedem Einzelfalle durch die Stadtgemeinde in ihren verfassungsmäßig berufenen Vertretern (§§ 30, 31, 89) zu veranlassen. **e)** Über die Haftung der Gemeinden und des Staates für die beim Turnen entstandenen Beschädigungen der Schüler s. das eingehende Gutachten bei Weyl 138 ff., insbes. 155 ff., 163 (Universitäten); vgl. auch 164 ff. (Turn- und Sportvereine).

6. Die §§ 89, 31 **BGB.** u. Art. 77 EG. (JDR. **3** § 89 Ziff. 6): **a)** Molitor 284: Die Haftungsvorschriften des BGB. lassen sich nur auf den Tatbestand anwenden, der sich daraus ergibt, daß eine öffentliche Anstalt eine ihr gehörige Anlage in den Verkehr gestellt hat, die Instandhaltungspflicht trägt und diese versäumt, nicht auch dann, wenn die Organe einer öffentlichen Anstalt die ihnen obliegende hoheitsrechtliche Aufgabe, für die Sicherheit des Verkehrs zu sorgen, vernachlässigt haben. Wenn jemand einen der staatlichen Verwaltung unterstehenden schiffbaren Fluß als Pferdeschwemme benutzt und dabei infolge von Veränderungen im Flußbette ertrinkt, so haftet der Staat nicht zivilrechtlich, wenn er den Fluß nicht als Schwemme dem Verkehre gewidmet hat, und die Gemeinde haftet nicht zivilrechtlich, wenn es vielleicht auch öffentlich-rechtliche Aufgabe der Polizei gewesen wäre, die Benutzung des Flusses als Schwemme zu verbieten. Vgl. JDR. **3** § 89 Ziff. 6 a. **b)** LG. II Berlin, KGBl. **05** 7 ff.: Die als Hilfsorgan der Polizei anerkannte Feuerwehr (ohne Unterschied zwischen Berufsfeuerwehr, Pflichtfeuerwehr und freiwilliger Feuerwehr) befindet sich, sofern sie die öffentlich-rechtliche Befugnis zum Eingriff in Privateigentum ausübt, in obrigkeitlicher Funktion. Für den durch den Eingriff entstehenden Schaden kann der Geschädigte im Gebiete des ALR. gemäß §§ 74, 75 Einl. Ersatz verlangen und zwar von der Gemeinde. **c)** Molitor 277 ff.: Der Entschädigungsanspruch in den Fällen des Art. 77 EGBGB. ist privatrechtlicher Natur. Anderenfalls würden die betreffenden landesgesetzlichen Vorschriften nicht auch auf das Reich im Verhältnisse zu seinen in dem Bundesstaate tätigen Beamten Anwendung finden können. Vgl. JDR. **2** § 89 Ziff. 5 a. **d)** Schefold 468 ff.: α. Der Ausdruck „öffentliche Gewalt" ist in den Art. 77 ausdrücklich zu dem Zwecke aufgenommen, um den Gegensatz zu den Handlungen fiskalischer Vertretung in volle Klarheit zu stellen. Unter Art. 77 fallen alle Betätigungen nicht nur der vis publica, sondern auch der fides publica (Beglaubigungen, Beurkundungen, Auskunftserteilungen) Ebenso Gierke 123. Vgl. JDR. **3** § 89 Ziff. 6 b. β. Der Staat haftet nur für seine Beamten, nicht für andere Personen, denen „öffentliche Gewalt" im Sinne des Art. 77 verliehen ist, z. B. Notare, Rechtsanwälte (471 ff.) Vgl. Gierke 124 Anm. 90. γ. Der Staat haftet nur für seine Beamten, nicht z. B. für mit bahnpolizeilicher öffentlicher

Gewalt ausgestattete Beamte einer Privatbahn. Auch die Bahngesellschaft haftet für diese Beamten nicht im Sinne von Art. 77 (472). **e**) Eine Darstellung des Rechtszustandes in Deutschland bezüglich der Haftung des Staates und der Gemeinden bei Schadenszufügung ihrer Organe in Ausübung der staatlichen Hoheitsrechte enthält Altmann 26 ff.; vgl. auch Gierke 118 ff. **f**) Nach Art. 3 ElsLothG. betr. die Änderung verschiedener Justizgesetze vom 13. 2. 05 (ElsLothGBl. 05 3) findet § 40 ElsLothAGBGB. auf Notare und Gerichtsvollzieher nur insoweit Anwendung, als die Verrichtung, in deren Ausübung der Schaden verursacht wird, dem Notar oder Gerichtsvollzieher durch das Gericht übertragen worden ist. Vgl. JDR. **3** § 89 Ziff. 6c. **g**) In **RG**. JW. **05** 334 Nr. 1 ist wiederholt ausgesprochen: α. (vgl. JDR. **2** § 89 Ziff. 5b), daß nach dem durch Art. 89 PrAGBGB. aufrechterhaltenen Art. 1384 rheinischen BGB. der Staat, die Gemeinden und andere Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden haften und β. (vgl. JDR. **3** § 89 Ziff. 6c), daß der Gerichtsvollzieher bei Vornahme einer Pfändung in Ansehung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt handelt. **h**) Gierke erklärt es für ein dringendes Bedürfnis, die Haftung des Staates und der übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes für den von ihren Beamten bei Ausübung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden nach einem einheitlichen Grundprinzipe zu regeln. Er empfiehlt, den Art. 77 EG. dahin abzuändern, daß auf die Haftung der öffentlichen Verbände in den fraglichen Fällen § 89 Abs. 1 BGB. Anwendung findet (143, 134 ff.).

Zweiter Abschnitt. Sachen.

Vorbemerkung: Das Recht am Leichnam, über das bereits im letzten Berichtsjahre zu referieren gewesen war, hat diesmal zu einer Fehde zwischen Josef und von Schwerin Veranlassung gegeben (Ziff. 2 zu § 90).

Hinsichtlich der praktisch besonders wichtigen Frage, unter welchen Umständen Maschinen als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks anzusehen sind, verharrt das RG. bei seinem früheren Standpunkte trotz der Bedenken, die namentlich unter Hervorkehrung der wirtschaftlichen Interessen aus industriellen Kreisen erhoben worden sind (Ziff. 2a zu § 93).

Literatur: Biermann, Die öffentlichen Sachen. Gießen 1905. — Dennler, Zum Begriffe der Grundstücksbestandteile, BayRpflZ. **05** 166. — Gierke, Deutsches Privatrecht II. Sachenrecht. Leipzig 1905. — Josef, Das Recht am Leichnam, BayRpflZ. **05** 122—125. — Matthiaß, Luftrechtliche Fragen, DJZ. **05** 431—435. — Arnulf Meyer, Das Relativgeschäft, ein Rechtsgeschäft, das sich auf ein Sondervermögen bezieht. Würzburg 1905. — Herbert Meyer, Die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks (§ 95 BGB.) in der Festgabe für Felix Dahn, 3. Teil 269—301. Breslau 1905. — Sandheim, Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden? R. **05** 43. — v. Schwerin, Das Recht am Leichnam, SeuffBl. **05** 653—669. — Sohm, Der Gegenstand, ein Grundbegriff des BGB. (drei Beiträge zum Bürgerlichen Rechte, H. Degenkolb zum 50jährigen Doktorjubiläum). Leipzig 1905.

§ 90. 1. Zur Definition des Gesetzes. **a**) Sohm a. a. O. 16 ff.: Die Legaldefinition des § 90 sagt auch, daß nicht alle körperlichen Dinge Sachen im Rechtssinne sind, sondern nur diejenigen, welche Gegenstände sind, d. h. welche einen Gegenstand des verfügungsgeschäftlichen Verkehrs bilden (17). — Gegenstände sind die aktiven Bestandteile des Vermögens. Nur aus ihnen besteht das „Vermögen", d. h. der Vermögensinbegriff, das „Gut" des BGB. Nur sie können Gegenstände eines Verfügungsgeschäfts, einer Zwangsverfügung sein. Nur in Gegenstände gibt es eine Rechtsnachfolge. Nur an Gegenständen gibt es eine Rechtsgemeinschaft (23). Keine Gegenstände sind die Schulden (24). Kein Gegenstand ist der Besitz (26). Keine Gegenstände sind

endlich alle unselbständigen Rechte, z. B. das Notwehrrecht, das Selbsthilferecht, das Anfechtungsrecht, das Kündigungsrecht usw. (30). **b**) Gierke, Sachenrecht 3 Anm. 1: Soweit eine Erstreckung der Vorschriften über Rechte an Sachen auf andere Gegenstände vom Gesetze vorgesehen ist, werden damit auch nach dem Rechte des BGB. die fraglichen Gegenstände zu „unkörperlichen Sachen" gestempelt. Neben dem gesetzestechnischen Begriffe „Sache" bleibt daher der wissenschaftliche Begriff „unkörperliche Sachen" unentbehrlich. Ihn behufs Anlehnung an die Gesetzessprache durch den Begriff „unkörperlichen Gegenstand" zu ersetzen, geht deshalb nicht an, weil ebensowenig, wie jeder körperliche Gegenstand körperliche Sache, jeder unkörperliche Gegenstand unkörperliche Sache ist.

2. Der menschliche Leichnam eine Sache? (IDR. 3 Ziff. 2). **a**) Sandheim, R. **05** 43: Der menschliche Körper ist mit dem Tode der Person, die einzelnen Glieder sind mit ihrer Abtrennung vom Körper als „Sache" zu betrachten. Abgetrennte Glieder der Leichen können Gegenstand von Rechtsgeschäften sein. AM. Rausnitz, IDR. **2** Ziff. 2. **b)** Josef a. a. O. 112 ff.: Obligatorische wie dingliche Rechtsgeschäfte über den Körper eines Lebenden oder einen Leichnam sind nur insoweit nichtig, als sie den guten Sitten widersprechen. Diese letztere Voraussetzung trifft nicht zu, wenn jemand unter Lebenden oder von Todes wegen bestimmt, daß sein Körper seziert werden soll. Die Anatomie erwirbt an den ihr von Behörden übergebenen Leichen kein Privatrecht, dagegen entsteht Eigentum durch Verarbeitung an den nach erfolgter Sektion hergestellten Skeletten. **c**) Hiergegen wendet sich v. Schwerin a. a. O. 653 ff., der ausführt, daß der lebende menschliche Körper im Geltungsbereiche des BGB. niemals als solcher Gegenstand, Objekt von dinglichen oder obligatorischen Rechten sein kann (656). Den Leichnam — Definition 658 — erachtet v. Schwerin für eine verkehrsfähige Sache (659—664) gegen Rausnitz und Gareis (vgl. IDR. **2** Ziff. 2). Die gesetzlichen Erben haben ein dem Privatrechtsgebiet angehöriges und mit den Rechtsbehelfen des Privatrechts zu schützendes Aneignungsrecht auf den Leichnam (664 ff.). Es ist auch zulässig, daß der Mensch sowohl durch Vermächtnis wie durch Vertrag unter Lebenden einem Dritten unmittelbar ein Recht zuwenden kann, die Herausgabe des Leichnams von den Erben zu fordern. AM. Josef a. a. O. 124.

3. Matthiaß, DJZ. **05** 431 ff.: Die atmosphärische Luft ist zwar körperlicher Natur, da aber eine ausschließliche tatsächliche Beherrschung der atmosphärischen Luft in ihrer ungeschlossenen Ausdehnung durch einzelne nicht gegeben ist, kommt sie als körperliche Sache nicht in Betracht, sie ist res omnium communis. Sobald die atmosphärische Luft in undurchlässige Behälter gefaßt ist, ist sie Gegenstand der dinglichen Rechte und des Besitzes. Das gleiche gilt für die Arten der atmosphärischen Luft und die Luftarten, die die Technik produziert.

§ 91. OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **52** 65, über einen Maschinenlieferungsvertrag als Vertrag über Lieferung einer vertretbaren Sache.

§ 92. Abs. 2. *Arnulf Meyer, Relativgeschäft 1 ff.: Im Abs. 2 ist der „Sachinbegriff" verwendet zur Bestimmung der „Verbrauchbarkeit", diese ist ein Rechtsbegriff, somit wird der „Sachinbegriff", die „Sachgesamtheit" Teil eines Rechtsbegriffs und damit selbst Rechtsbegriff. Die Sachgesamtheit ist trotz der Motive (III 28 ff.) Rechtsbegriff geblieben (vgl. Staudinger, Kommentar I 258). Auch der Begriff „Sondervermögen" ist nicht entbehrlich, — trotzdem auch ihn die Motive für entbehrlich halten (Mot. II 29/30).

I. Sachgesamtheit und Sondervermögen waren nach der Lehre des gemeinen Rechtes als solche Gegenstand von Rechten — Rechtsobjekte —, nach der Lehre des BGB. sind nur ihre einzelnen Bestandteile Rechts-

objekte — sie selbst werden bloß zur Bestimmung von Rechten verwendet, sind also bloß Rechtsbegriffe.

II. Sachgesamtheit und Sondervermögen sind beide Wirtschaftseinheiten, die vom Rechte in gewissen Beziehungen als Einheiten behandelt werden. Ihr Unterschied ruht einmal in der Möglichkeit ihrer Zusammensetzung: Die Sachgesamtheit kann nur aus Sachen, das Sondervermögen aus Sachen und Rechten bestehen. — Besteht das Sondervermögen zufällig nur aus Sachen, so büßt es darum seine Rechtsnatur nicht ein. Diese Rechtsnatur äußert sich auch dann noch in einem weiteren Unterscheidungsmerkmal zwischen Sachgesamtheit und Sondervermögen: in der Zulässigkeit des Relativgeschäfts. Das Relativgeschäft ist nur beim Sondervermögen, nicht bei der Sachgesamtheit möglich.

III. Relativgeschäft ist ein Rechtsgeschäft, welches von dem Subjekt eines Sondervermögens mit Beziehung auf dieses Sondervermögen geschlossen wird — subjektive Beziehung — und dessen Gegenstand mit dem Sondervermögen in wirtschaftlichem Zusammenhang steht — objektive Beziehung. Diese subjektive und objektive Relation zwischen Sondervermögen und Gegenstand hat die rechtsgestaltende Kraft, daß der Gegenstand der Rechtsnatur des Sondervermögens teilhaftig wird — auch dann, wenn das Rechtsgeschäft nicht „mit Mitteln" des Sondervermögens geschlossen ist. Der Ausdruck „Inbegriff von Gegenständen" (§ 260) umspannt die Begriffe „Sachgesamtheit" und „Sondervermögen", — er ist für beide der gemeinsame Oberbegriff (60).

§ 93 (s. auch zu § 97). 1. **RG.** 2. 5. 04, R. **05** 77: Auch ohne mit dem Grund und Boden fest verbunden oder in ein Gebäude eingefügt zu sein, kann eine bewegliche Sache mit der Einrichtung einer Fabrik derart in Verbindung stehen, daß sie als wesentlicher Bestandteil im Sinne des § 93 anzusehen ist.

2. Maschinen, wesentliche Bestandteile (IDR. **3** Ziff. 3 u. unten zu § 97). **a)** **RG.** IW. **05** 387 hält hinsichtlich der Frage, wann Maschinen wesentliche Bestandteile eines Gebäudes geworden sind, an dem in **RG. 50** 242 eingenommenen Standpunkte fest, wenngleich es anerkennt, daß sich Erwägungen von nicht zu unterschätzender Bedeutung dieser Ansicht entgegenhalten lassen. **b)** **RG.** Gruchots Beitr. **49** 341 ff.: Maschinen und Apparate wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks, welches als Erzeugungsstätte für Elektrizität hergerichtet ist. **c)** **RG.** 25. 3. 04, PfälzRpr. **1** 74: Die zum Betrieb einer Holzwarenfabrik aufgestellte stehende Hochdrucklokomobile ist wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. **d)** OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **1** 93 ff.: Maschinen, Elektromotoren, Transmissionen, Fahrstühle, elektrische Beleuchtungsanlagen sind Zubehör, nicht Bestandteil einer Fabrik, wenn nicht die Voraussetzungen des § 93 vorliegen. — Die Zweckbestimmung der Maschinen usw., dem Fabrikbetriebe zu dienen und ihre Befestigungsart ist nicht allein für ihre Eigenschaft als Bestandteil maßgebend. **e)** Über die tatsächlichen Verhältnisse, unter denen Maschinen als Zubehör des Fabrikgebäudes anzusehen sind, vgl. BayObLG. **5** 122 ff.

3. **a)** BayObLG., R. **05** 14: Der dem Verkauf eines Waldgrundstücks vorausgegangene Verkauf des Holzbestandes an einen Dritten verpflichtet den Verkäufer lediglich, dem Käufer die Fällung der Bäume zu gestatten. **b)** **RG.** 24. 3. 05, IW. **05** 280: Holz auf dem Stamm nicht Gegenstand besonderer dinglicher Rechte.

4. PrOVG. **45** 62: Kabel einer elektrischen Leitung Bestandteile des Hauses.

§§ 93, 94. OLG. Colmar 24. 3. 05, ElsLothZ. **05** 443: Den Gegensatz zu der das Merkmal des wesentlichen Bestandteils bildenden festen Verbindung stellt diejenige Verbindung dar, welche von vornherein mit der Möglichkeit und Notwendigkeit einer späteren dauernden Trennung der Sache von Grund und Boden rechnet. Gemeinsam ist den §§ 93, 94 die Voraussetzung, daß die Verbindung mit dem Grundstück eine dauernde ist; sie unterscheiden sich aber dadurch, daß

im § 94 eine feste Verbindung von Sachen mit dem Grund und Boden verlangt wird, während § 93 sich mit einer bloßen körperlichen, wenn auch wesentlichen Verbindung begnügt.

§ 94 (s. auch zu § 97). I. Abs. 1. **a)** **RG. 61** 188 ff., JW. **05** 523 ff.: Im Falle des § 94 wird die danach an sich mit dem Einfügen der Sache in das Grundstück verbundene Rechtswirkung dadurch ausgeschlossen, daß nach der der Sache bei ihrer Einfügung gegebenen Bestimmung sie nicht den Zwecken des Grundstücks, auf dem sie mechanisch befestigt ist, dienen, sondern zum Bestandteil einer anderen unbeweglichen Sache, zu der sie ebenfalls im Verhältnis einer festen mechanischen Verbindung steht, gemacht werden soll. Wasserhaltungsanlagen sind deshalb unter Umständen Bestandteile der Kohlenabbaugerechtigkeiten, nicht des Grundstücks (525). **b)** LG. Potsdam, RheinNotZ. **05** 224: Frühbeetfenster Grundstücksbestandteile.

II. Abs. 2. **a)** **RG.** 8. 5. 05, DJZ. **05** 651: Nach Abs. 2 sind Fensterladen infolge Einfügung an der für sie bestimmten Stelle „Bestandteil des Gebäudes". Feste Verbindung, anders als in Abs. 1, nicht erforderlich. **b)** Sächs. OLG. **26** 493 ff.: Zur Herstellung eines Gebäudes eingefügte Doppelfenster sind wesentliche Bestandteile des Gebäudes. Die inneren Fensterflügel anders zu behandeln wie die äußeren, ist nicht angängig. **c)** OLG. Stettin, R. **05** 528: Sobald die oberste Balkenlage und mit ihr das Holzgerüst des Dachstuhls auf die Mauern eines Neubaues aufgelegt ist, ist Balkenlage und Dachstuhl als eingefügt im Sinne des Abs. 2 anzusehen.

§ 95. 1. *Dennler 166: Sondereigentum an Anlagen, wie Wasserleitungen, Gasleitungen, elektrischen Leitungen ist ohne analoge Auslegung des § 95 Satz 2, schon auf Grund der Zweckbestimmung des § 94 BGB. anzunehmen. Die in dieser Bestimmung zum Ausdrucke gebrachte Idee der Grundstückseinheit versagt in den gegebenen Fällen, weil eben hier die modernen wirtschaftlichen Verhältnisse auf Gestaltung eines Sondereigentums drängen.

2. *B. Hilse, Mitt. f. d. öffentl. Feuerversicherungsanstalten **05** 113: Der neu ausgebildete Brauch im Baugewerbe, bei den zwecks Veräußerung errichteten Gebäuden zur Ersparung der Baukosten von dem Anerbieten einzelner Gasanstalten bzw. Glas- und Spiegelversicherungsgesellschaften zur leihweisen Hergabe der Gasleitungsrohre bzw. der wertvollen Spiegel- und Schaufensterscheiben ergiebigen Gebrauch zu machen, hat zur Folge, daß diese Rohre und Scheiben nicht Bestandteile des Gebäudes, also auch nicht durch die vom Grundeigner genommene Immobiliarfeuerversicherung gedeckt werden, vielmehr als Eigentum des Leihers unversichert bleiben, wenn dieser nicht solche selbst versichert, daß dann aber die Brandentschädigung auch nicht dem Hypothekengläubiger mitverpfändet ist, vielmehr an jenen, ohne Einholen der Zustimmung des letzteren, rechtswirksam ausgezahlt werden kann.

3. Abs. 1. Braunschw. Staatsminist., BraunschwZ. **05** 106: Ein Gebäude, das der Käufer eines Grundstücks auf demselben nach der Erlangung des Besitzes, aber vor der Auflassung errichtet hat, wird Bestandteil des Grundstücks, weil ein Recht an dem Grundstücke noch nicht erworben war.

4. Vorübergehender Zweck (vgl. Wolff, JDR. **1** Ziff. 2 u. Tobias, JDR. **2** Ziff. 1a). **a)** Herbert Meyer 291: Unter einem vorübergehenden Zweck ist jeder Zweck zu verstehen, der die Sache, entgegen dem dauernden, dem Grundstück innewohnenden Zweck in den wirtschaftlichen Dienst eines anderen als des Grundstüneigentümers stellt. Es fällt darunter jede Anlage auf Grund eines Miet- oder Pachtrechts, die den persönlichen Zwecken des Berechtigten zu dienen bestimmt ist, mag das Recht auch auf noch so lange Dauer berechnet sein. Darauf, ob die Sache geeignet ist, auch dem Zwecke des Grundstücks zu dienen, kommt es nicht an. **b)** AM. Gierke, Privatrecht II 46 Anm. 38, der meint, daß von

vorübergehender Zweckbestimmung beim Pächter nicht die Rede sein könne, nicht die subjektive, sondern die objektive Zweckrichtung entscheide. Gierke stellt den Pächter dagegen dem dinglich Berechtigten gleich. **c)** **RG. 61** 188 ff., JW. **05** 524: Vorübergehend im Sinne dieser Vorschrift ist ein Zweck nicht bloß dann, wenn er sich in kurzer Zeit erreichen läßt, sondern in allen Fällen, in denen ihm nach seiner Natur eine zeitliche Begrenzung innewohnt, mag auch das Ende erst nach Jahren oder Jahrzehnten eintreten. Dauernd ist derjenige Zweck, für dessen Fortwirken, wenn nicht durch Dazwischentreten unberechenbarer zufälliger Ereignisse Änderungen herbeigeführt werden, ein Endpunkt begrifflich nicht besteht. Zweck des Bergbaubetriebs fällt in die erste Kategorie. **d)** OLG. Königsberg 23. 3. 04, SeuffA. **60** 1: Gebäude, die zum vorübergehenden Zwecke der Pachtnutzung zu dienen bestimmt sind, selbständige bewegliche Sachen. **e)** OLG. Dresden 7. 10. 03, SächsOLG. **26** 39: Dadurch, daß die Genehmigung zu einem Baue unter dem Vorbehalte des Widerrufs erteilt wird, werden die errichteten Gebäude nicht zu solchen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke errichtet sind. **f)** OLG. Marienwerder, PosMschr. **05** 100: Die Errichtung einer Mühle auf fremdem Grund und Boden vermöge einer jederzeit widerruflichen Erlaubnis hat die Bedeutung einer Aufstellung zu vorübergehendem Zwecke. **g)** **RG.** 7. 12. 04, ZBlFG. **6** 337: Gebäude, die ihrer ganzen Anlage und Ausstattung nach nur für ein Bergwerksunternehmen hergestellt sein können, sind unbedenklich nur zu einem vorübergehenden Zwecke, nämlich dem des Bergwerksunternehmens, mit dem Grundstücke verbunden.

5. Sog. scheinbare Bestandteile eines Grundstücks. Vgl. Dernburg und Paech, JDR. **1** Ziff. 2. **a)** **RG. 55** 284: Die mit einem Grundstücke nur zu einem vorübergehenden Zwecke verbundenen Gebäude sind als bewegliche Sachen anzusehen. **b)** So wendet sich auch **RG. 59** 21 gegen die von Eck, Vorträge über das BGB. (2) I 105 vertretene Auffassung, daß Gebäude und Werke, die auf einem Immobile zu einem vorübergehenden Zwecke errichtet werden, als unbewegliche Sachen zu gelten hätten. **c)** Gegen **RG. 55** 284, Gierke, Privatrecht II 11: Nirgends sei im Gesetz ausgesprochen, daß alle Sachen außer den Grundstücken beweglich sind. Es liege vielmehr eine durch Analogie auszufüllende Lücke vor. Diese mit dem Boden fest verbundenen Sachen, die keine Bestandteile sind, seien als unbewegliche Sachen anzusehen, auf die aber in Ermangelung anderer für sie passender Regeln die Vorschriften über bewegliche Sachen entsprechend anzuwenden seien. Ebenso Herbert Meyer 295. **d)** Gleichfalls gegen diese Entscheidung des RG. wendet sich Herbert Meyer 271 ff., der ausführt: § 95 ist eine unbewußte Fortbildung älteren deutschen Rechts (291). Da das BGB. α. die rechtliche Natur der nur scheinbaren Bestandteile nicht besonders regelt, β. den Begriff „Grundstück" dem Begriff unbewegliche Sache nicht gleichsetzt, γ. weder den Begriff der unbeweglichen noch den der beweglichen Sache definiert, so folgt: die nur scheinbaren Bestandteile eines Grundstücks sind, soweit sie ihrer Natur nach unbeweglich sind, auch rechtlich grundsätzlich als unbewegliche Sachen zu behandeln; denn mangels einer besonderen gesetzlichen Vorschrift besteht keine Möglichkeit und keine Veranlassung, von dem im Einklange mit der Natur dieser Sachen und dem gesunden Menschenverstande stehenden gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht abzugehen, das sie als unbeweglich behandelt (292).

§ 96. OLG. Königsberg, SeuffA. **60** 306: Wenn auch nach dem Statut einer Landschaft das „Guthaben am Amortisationsfonds" als untrennbares Zubehör gilt, so pflegt doch nach der Verkehrsauffassung unter dem Zubehör eines Grundstücks ein solches Guthaben nicht verstanden zu werden.

§ 97. (Vgl. o. zu §§ 93 u. 94.) **a)** OLG. **10** 61 (Rostock): Eine im Eigentume des Besitzers des Landguts A. und des Besitzers des Gutes B. stehende Dresch-

maschine ist weder Zubehör des Gutes A. noch Zubehör des Gutes B., auch nicht zur Hälfte Zubehör eines jeden der beiden Güter. **b)** BayObLG. 4. 3. 05, R. **05** 192: Ein durch Schrauben mit einer Betonunterlage verbundener Gasmotor bildet keinen Bestandteil des Grundstücks, sondern, wenn er dessen wirtschaftlichem Zwecke zu dienen bestimmt ist, ein Zubehörstück. **c)** SächsOLG. 8. 2. 05, **26** 496: Ladenschrank und Ladentafel sind bei einem zum Bäckereibetrieb eingerichteten Hausgrundstücke Zubehör dieses. **d)** OLG. Cöln, RheinA. **101** I 56: Ein in den Wirtschaftsräumen aufgestelltes Polyphon ist Zubehör des Wirtschaftsgrundstücks. **e)** OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 138: Klavier als Zubehör eines Grundstücks, da es dem Wirtschaftsbetriebe dort dient. **f)** OLG. **10** 59 (BayObLG.) handelt über Dynamomaschinen und Batterien als bewegliches Zubehör des Gebäudes. **g)** BayObLG., BayRpflZ. **05** 205, R. **05** 192: Gasmotor als Zubehör eines Grundstücks. **h)** PosMSchr. **05** 107 (Posen): Blumen im Topfe nicht Zubehör des Gärtnereigrundstücks.

§ 98. Abs. 2. Begriff des Landguts (JDR. **3** Ziff. 2). OLG. Königsberg, SeuffA. **60** 93: Jedenfalls ist eine mehrseitige, nicht bloß einseitige landwirtschaftliche Betätigung erforderlich; insbesondere ist der Betrieb des Ackerbaues und der Viehzucht als Voraussetzung aufzustellen.

§ 99. RG. R. **05** 318: Was im Sinne des § 308 StGB. unter „Früchten auf dem Felde" zu verstehen ist, dafür können die später erlassenen Bestimmungen des BGB. nicht maßgebend sein. Im Sinne des StGB. bildet das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Nutzungswerts der Frucht kein Begriffsmerkmal.

Dritter Abschnitt. Rechtsgeschäfte.

Erster Titel. Geschäftsfähigkeit.

Literatur: Stöver, Ist die Einigung im Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft? ABürgR. **26** 149—194.

Zu §§ 104 ff. Zum Begriffe des Rechtsgeschäfts (JDR. **3** Ziff. I zu §§ 104 ff.). **a)** Stöver, A.bürgR. **26** 149 ff.: Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Die Willenserklärung braucht den rechtlichen Erfolg nicht allein herbeizuführen, es genügt, wenn sie denselben in Verbindung mit anderen Tatsachen bewirkt. **b)** Verlangt das BGB. ein Einigsein der Beteiligten über eine Rechtsänderung, so liegt darin zwar eine zweiseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung, aber kein selbständiges Rechtsgeschäft, weil das Einigsein immer mit einem anderen Rechtsgeschäft (Übergabe usw.) zu einer untrennbaren Einheit verbunden ist. Soweit diese Tatsache nicht entgegensteht, unterliegt auch das Einigsein den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte.

§ 104. 1. **RG.** R. **05** 43, SeuffBl. **05** 520: Die Frage der Geschäftsunfähigkeit ist aus den Erscheinungen der angeblichen Erkrankung im Verkehrsleben, aus der eigenen Darstellung des Beklagten, seinen Erklärungen, dem an den Tag gelegten Verständnisse des rechtlichen Vorganges und seinen Folgen zu lösen. Ärztlicher Ausspruch nicht bindend.

2. Ziff. 2. KG., RJA. **6** 2: Nicht jede Geisteskrankheit im Sinne der Ziff. 2 schließt ohne weiteres die Möglichkeit einer Verständigung mit dem Kranken im Sinne des § 1910 Abs. 3 aus. Vgl. auch BayObLG., KGJ. **30** A 295.

3. KG., RheinARV. **23** 37: Ist ein die Entmündigung wegen Geisteskrankheit aussprechender Beschluß, sollte er auch von einem nicht zuständigen Amtsgericht erlassen sein, in Wirksamkeit getreten, so ist die Folge, daß der Entmündigte geschäftsunfähig wird.

§§ 107, 108. **RG.** JW. **05** 638: Ein Minderjähriger bedarf zum Verlöbnisse der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters und zwar stets, da die im § 107 gemachte Unterscheidung von Willenserklärungen, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, auf Verlobungen nicht zutrifft. Sieht man aber das Verlöbnis als einen Vertrag an, so ist dessen Wirksamkeit zufolge § 108 in der Schwebe (vgl. auch JDR. 3, OLG. Hamburg zu §§ 107, 108, jetzt auch SeuffA. **60** 367). Ebenso **RG.** 9. 11. 05, PosMschr. **05** 102.

§ 109. Abs. 2. *Weyl, Verschuldensbegriffe 483 ff.: Bei der fälschlichen Behauptung der erforderlichen Genehmigung handelt es sich lediglich um objektive Unwahrheit.

§ 111. KGJ. **29** A 40 ff. (KG.), RJA. **5** 143, ZBlFG. **6** 65 ff.: Wird die öffentlich beglaubigte Urkunde über die Erbausschlagung eines gesetzlichen Vertreters für den von ihm vertretenen Minderjährigen dem Nachlaßgerichte gleichzeitig mit ihrer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung von jüngerem Datum eingereicht, so ist die Ausschlagung rechtswirksam erklärt; es ist nicht erforderlich, daß die Genehmigung schon zur Zeit der Ausstellung oder Beglaubigung der Urkunde erteilt war. Vgl. hierüber besonders JDR. **2** Ziff. 1.

§ 113. 1. PrOVG., DJZ. **05** 223: An sich ist es rechtlich möglich, daß der Vater seinem minderjährigen Kinde die Ermächtigung erteilt, mit dem Vater selbst einen Dienstvertrag einzugehen und daß eine solche Ermächtigung in dem Abschluß eines Dienstvertrags zwischen dem Vater und dem Kinde zugleich mit zum Ausdrucke kommen kann.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 40: Ein Lehrverhältnis fällt nicht unter den Begriff eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses. § 113 ist auch dann nicht anwendbar, wenn der Vater den Vertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat.

3. LG. Stuttgart, GewG. **10** 86 handelt über eine zwischen einem minderjährigen Oberkellner und dem minderjährigen zweiten Kellner hinsichtlich der Teilung der Trinkgelder getroffene Vereinbarung. Es wurde Gültigkeit nach § 113 angenommen.

§ 114. Caspers, DJZ. **05** 550: Die Entmündigung eines testamentsfähigen Minderjährigen ist aus erbrechtlichen Gründen möglich, weil sie ihm die Testierfähigkeit entzieht (§ 2229 BGB.), während sie bei einem Minderjährigen von 7—16 Jahren ein bedeutungsloser Akt ist.

Zweiter Titel. Willenserklärung.

Vorbemerkung: Manigk, über dessen Arbeiten zum dritten Abschnitt des ersten Buches bereits in den früheren Jahren zu berichten war, ist auch im Berichtsjahre diesem Gebiete treu geblieben. Rechtswirkungen und juristische Tatsachen sind diesmal der Gegenstand seiner interessanten Ausführungen. Die Lehre von der Willenserklärung wird wesentlich bereichert durch Hölders Arbeit „Zur Theorie der Willenserklärung", die sich auch besonders über den Begriff des „Zugehens" im Sinne des § 130 verbreitet (Ziff. I 3 zu § 130). Diese letztere Gesetzesbestimmung hat auch Breit zu eingehenden und recht beachtenswerten Darlegungen Veranlassung gegeben, neben dem auf Hellwigs Bemerkungen zur Judikatur des RG. über das Zugehen der Willenserklärung hingewiesen sei.

Veräußerungen von Hausgrundstücken mit Bordellbetrieb haben in Hamburg und anderen größeren Städten die Gerichte insofern zu beschäftigen gehabt, als die Käufer mehrfach unter Berufung auf die Unsittlichkeit des ganzen Geschäfts sich weigerten, die für den Verkäufer eingetragene Restkaufgeldhypothek zu bezahlen. Die Gerichte sind hier vielfach zu wirtschaftlich ungesunden Ergebnissen gekommen, welcher Umstand dem Reichsgerichtsrat Förster Anlaß geboten hat, der Frage auf den Grund zu gehen, in dem Bestreben, zu einem dem praktischen Bedürfnis entsprechenden Ergebnisse zu gelangen. Mit derselben Frage befaßt sich auch Philipp (Ziff. 1 und 2 zu § 138).

Aus der Irrtumslehre sind besonders die Abhandlungen Schneiders und Schefolds

hervorzuheben, welche die Beziehungen der Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel zur Wandelung untersuchen (Ziff. I 1 zu § 119). Das RG. hat zu dieser wichtigen Frage in der Entsch. vom 1. 7. 05 bereits Stellung genommen. — Auch in diesem Berichtsjahre fallen wiederum die zahlreichen und wichtigen Entscheidungen der obersten Gerichte zu den §§ 119, 123, 138 ins Auge.

Literatur: Abraham, Girozahlung, Plutus **05** 877 ff. — Bekker, Sprachliches und Sachliches zum BGB., IheringsI. **49** 1—58 — Breit, Zur Lehre vom Rechtsgeschäft, SächsA. **15** 165—192; 637—696. — Förster, Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb, R. **05** 356—358. — Fuld, Die Rechtsunwirksamkeit des Pactum de non licitando, SeuffBl. **05** 592—596. — Hallbauer, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherheitsübereignung, R. **05** 632 ff. — Hedemann, Verträge zwischen Gemeinde und Grundstückseigentümer zwecks Erwirkung des Baukonsenses, ABürgR. **27** 134 ff. — Hellwig, Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen, IW. **05** 356—358. — B. Hilse, Die Vergütung für Modellstehen, SeuffBl. **05** 597 ff. — Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung. Leipzig 1905. — Jebens, Präsentatum, Briefkasten und andere Empfangseinrichtungen der Behörden, PrVerwBl. **24** 773 ff. — Josef, Die unrichtige Übermittelung einer Willenserklärung durch die Mittelsperson, BayRpflZ. **05** 402—407. — Klein, Welche Bedeutung kommt den nach kath. Kirchenrecht bestehenden Beschränkungen der Veräußerung von res ecclesiasticae nach dem deutschen BGB. zu? ArchKathKR **85** 242—245. — Koppers, Zeitpunkt der Vollendung einer durch den Ferndrucker übermittelten Willenserklärung, DIZ. **05** 160. — Leonhard, Beiträge zur Irrtumslehre, DIZ. **05** 20—26. — Linckelmann, Über die Rechtslage bei arglistiger Täuschung, IW. **05** 226—227. — Manigk, Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen, IheringsI. **49** 459—486. — Markull, Der Faksimilestempel, PrVerwBl. **25** 675 ff. — Oettinger, Begriff der Unwirksamkeit Berlin 1905. — Philipp, Der Bordellverkauf, BayRpflZ. **05** 382—386, 400—402. — Schefold, Verkehrswesentliche u. gebrauchserhebliche Eigenschaften einer Sache und der Irrtum des des § 119 und der §§ 459 ff., WürttZ. **17** 126—131. — Schneider, Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandelung, ACivPrax. **97** 142—160. — Schott, Über Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Rechte in der Festgabe für Felix Dahn, 3. Teil 303—341. Breslau 1905. — Tauber, Wirksamkeit mündlicher Abänderungen eines schriftlichen Mietvertrags über ein Grundstück, GruchotsBeitr **49** 231—236.

Zu §§ 116 ff. Wesen der Willenserklärung (IDR. **3** zu §§ 106 ff.):

1. Über den Begriff der Willenserklärung, wie er dem BGB. zugrunde liegt, vgl. neuerdings Manigk, IheringsI. **49** 474 ff. Insbesondere wird hier die Ansicht vertreten, daß das Gesetz eine Erklärung des Willens nur mit Rücksicht auf einen an der Wirkung Interessierten verlangt. Wo ein solcher fehlt, kann keine Willenserklärung vorliegen. Unrichtig ist es, die Erklärung als Inkarnation des Willens anzusehen, in der der Wille allein vom Rechte beachtet wird (Kohler); denn die §§ 116 ff. gehen fortgesetzt auf den inneren Willen, wenn ihn die Erklärung nicht wiedergibt, zurück (481 ff.).

2. GG. Chemnitz, GewG. **10** 70: Der Abschnitt des BGB. über die Willenserklärung hat ohne Ausnahme auch beim Arbeitsvertrage Geltung. Irrtum ist daher nicht nur im Falle des § 123 Ziff. 1 und 2 GewO. erheblich.

§ 117. 1. Fiduziarisches Rechtsgeschäft (auch Ziff. 1 zu § 1205). **a)** Auf dem Standpunkte der Praxis des RG. (IDR. **3** Ziff. 1 a) steht auch **RG.** 3. 11. 04, **59** 146, 5. 12. 05, IW. **06** 51; KG., KGBl. **05** 80; (s. u. Ziff. 2 und 3 zu § 930). **b)** Hallbauer 632 ff. meint, der sog. Sicherungskauf, der bisher im Rechtsleben eine so große Rolle spielte, habe seine Bedeutung verloren. Der wirtschaftliche Zweck, dem er dienen sollte, werde leichter und einfacher durch die Eigentumsübertragung zum Zwecke der Sicherstellung erreicht. Es werden dann die rechtlichen Beziehungen bei der Sicherheitsübereignung durch Realübergabe (635) und bei der Sicherheitsübereignung ohne Besitzverlust (636) dargestellt. Hallbauer stellt 664 Schemata für Sicherungsübereignungsverträge mit Realübergabe und für solche ohne Besitzverlust auf. **c)** Über die Strafbarkeit des fiduziarischen Veräußerers und des Erwerbers bei vertragswidriger Verfügung vgl. *J. U. Schroeder, ACivPrax. **97** 383 ff.

2. Darüber, welchen Einfluß es hat, wenn die über ein Rechtsgeschäft ausgestellte Urkunde mit dem Willen der beiden Beteiligten tatsächlich unrichtige Angaben über die abgegebenen Willenserklärungen enthält, sowie über die Frage, ob das beurkundete Rechtsgeschäft alsdann als Scheingeschäft anzusehen ist, handelt, **RG. 60** 21 ff.

3. **RG.** SeuffA. **60** 177: Handeln zum Schein ist zu unterscheiden vom „Handeln durch eine vorgeschobene Person".

§ 119. I. 1. Verhältnis des § 119 Abs. 2 zu den §§ 459 ff. **a**) *Schefold, WürttJ. **17** 126 ff. erörtert den Gegensatz zwischen verkehrswesentlichen und gebrauchserheblichen Eigenschaften einer Sache, insbesondere mit Beziehung auf den Viehhandel, und kommt zu folgendem Ergebnisse: Dem Käufer einer fehlerhaften Sache steht neben den Rechtsmitteln der §§ 459 ff. (ädil. Klagen), die Anfechtungsklage des § 119 dann zu, wenn die der Sache fehlende Eigenschaft zugleich eine (verkehrswesentliche, d. h.) solche ist, daß sie für das konkrete Rechtsgeschäft das Wesen der Sache bestimmt. — Dies gilt auch für den Viehhandel. — Die sog. Hauptmängel involvieren in der Regel nur den Mangel gebrauchserheblicher Eigenschaften, doch kann es auch sein, daß die fehlende Eigenschaft zugleich eine verkehrswesentliche ist. — Der § 119 schützt den Irrtum des Verkäufers und des Käufers, die §§ 459 ff. schützen nur den Käufer; hier aber gehört der Irrtum nicht zur Klagebegründung, sondern in die Einrede. **b**) Nach Schneider a. a. O. 159 tritt die Vorschrift des § 119 Abs. 2 für die Rechte des Käufers aus Sachmängeln vor den Bestimmungen der §§ 459 ff. durchaus zurück. Diesen Vorschriften gegenüber den § 119 Abs. 2 ausspielen zu wollen, erachtet er für eine böse Sünde gegen den Geist des Gesetzes, eine nicht der Gerechtigkeit dienende Ausbeutung seiner unvermeidlichen und unvermiedenen Unvollkommenheiten, um nur dem Zwange seiner Worte Genüge zu tun (160). Er führt a. a. O. 145 aus: Sollte dem Käufer neben dem Rechte der Wandelung wirklich noch das der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 wegen Sachmängel gegeben sein, so muß es jedenfalls auffallen, daß beide Rechtsbehelfe sich auf einen in der Hauptsache gleichen Tatbestand gründen, zu einem fast gleichen wirtschaftlichen Ergebnisse führen und doch bei der Anfechtung eine Reihe von Beschränkungen wegfällt und nur in der Anwartschaft auf das sog. negative Vertragsinteresse einen höchst wichtigen Ersatz findet. Näheres darüber, daß es sich bei der Wandelung und der Anfechtung um einen in der Hauptsache gleichen Tatbestand handelt und daß beide zu einem fast gleichen wirtschaftlichen Ergebnisse führen, s. a. a. O. 145—149.

2. Meyer, R. **05** 674: Ein Irrtum über den in den letzten Jahren erzielten Gewinn eines Geschäfts berechtigt nicht zur Anfechtung eines Kaufes des Geschäfts, da hier kein Irrtum über eine „Eigenschaft" einer „Sache" vorliegt. — „Sachen" im Sinne des § 90 BGB. sind nur körperliche Sachen; ein Geschäft ist aber keine körperliche Sache. — Auch wenn man „Sache" im § 119 trotz § 90 in einem weiteren Sinne nehmen wollte, kann man den Verdienst, den der Verkäufer eines Geschäfts in der Vergangenheit gehabt hat, nicht als „Eigenschaft" des Geschäfts ansehen. — Ein in der Vergangenheit liegender Umstand kann eine Eigenschaft einer Sache nur herbeiführen, wenn die Wirkungen der in der Vergangenheit liegenden Tatsache fortdauern.

3. Hedemann, BayRpflZ. **05** 238 ff.: Keineswegs bloß auf die Ertragsfähigkeit einer Sache, sondern auch auf den in bestimmter Zeit tatsächlich vorhandenen Ertrag kann als „Eigenschaft" zurückgegangen werden.

4. Wegen der Anwendung des § 119 auf Vergleiche und Feststellungsverträge vgl. *Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 103 ff. und Sellner, JDR. **3** Ziff. 2 zu §§ 119 ff.

5. Über Preisrichterirrtum s. Brückmann u. zu § 661.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. **10** 133 ff. (Marienwerder): Irrtum über die Sicherheit einer Hypothek ist erheblich entweder schon nach Abs. 1, indem man den Irrtum über Eigenschaften als Irrtum über den Inhalt der Willenserklärung ansieht (so Gareis Anm. 12 zu § 119), oder nach Abs. 2, wenn man unter den „Eigenschaften der Sache" auch Eigenschaften eines unkörperlichen Gegenstandes versteht oder wenigstens den Abs. 2 auf den Irrtum über Eigenschaften des nicht in einer körperlichen Sache bestehenden Gegenstandes des Rechtsgeschäfts entsprechend anwendet (135).

2. **RG.** R. **05** 14: Irrtum über Rechtsfolgen eines Geschäfts fällt nicht unter § 119. Ebenso **RG. 51** 283.

3. **RG.** JW. **05** 525: Steht fest, daß eine mittels Fernsprecher gemachte Offerte mit ja beantwortet worden ist und wird dann die Annahmeerklärung aus § 119 angefochten, so muß zunächst von dem Anfechtenden angegeben werden, wie er die ihm gestellten Fragen verstanden hat.

4. **RG.** (Straff.) GoltdA. **51** 401: Ein Widerruf der Zurücknahme eines Antrags auf Zuerkennung einer Buße auf Grund des § 119 wird durch § 444 Abs. 2 StPO. nicht ausgeschlossen.

5. OLG. **10** 63 (Posen): Auftragswidrige Anerkennung des Klaganspruchs durch den Prozeßbevollmächtigten infolge Irrtums über die vom Mandanten erteilte Ermächtigung rechtfertigt die Anfechtung nicht, weil nur Irrtum im Beweggrunde vorliegt.

6. OLG. **10** 61 ff. (Frankfurt): Irrtumsanfechtung und Wandelungsanspruch in ihren Voraussetzungen und in ihren Wirkungen durchaus verschieden.

7. Über die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums s. u. zu § 1956.

8. Abs. 2. **a)** **RG.** 31. 5. 05, **61** 84 ff., JW. **05** 425: Das Recht, die Bebauung des vor einem Hause liegenden Grundstücks verbieten zu dürfen und dessen wirtschaftliche Folgen, ist für eine Eigenschaft des Hauses zu erachten, schon weil es einen besonderen Geldwert besitzt und weil es, solange es bestände, die Brauchbarkeit des Hauses für den Eigentümer erhöht haben würde. Mag auch der Wert einer Kaufsache als solcher keine Eigenschaften im ädilizischen Sinne darstellen, so sind doch jedenfalls die den Wert bildenden Faktoren in diesem Sinne Eigenschaften. **b)** α. GG. Hamburg, GewG. **10** 166: Anfechtung eines Dienstvertrags seitens des Arbeitgebers deshalb zulässig, weil die Arbeiterin verschwiegen hat, daß sie schwanger sei. β. GG. Kottbus, GewG. **10** 204: Der Arbeitgeber kann den Arbeitsvertrag wegen Irrtums anfechten, wenn der Arbeiter verschwiegen hat, daß er vor drei Jahren aus einer anderen Stelle wegen Unehrlichkeit entlassen ist. (Es war beim Abschlusse des Vertrags ausdrücklich vereinbart worden, daß auf Ehrlichkeit besonderer Wert gelegt werde.) **c)** α. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 3: Irrtum über Eigenschaften der Person, wenn ein zu architektonischen Arbeiten angenommener Architekt nicht die erforderlichen Kenntnisse besitzt. β. **RG.** 11. 4. 05, R. **05** 469, SeuffA. **61** 71, JW. **05** 365: Unkenntnis einer GmbH. von der Verschuldung des als Geschäftsführer Anzustellenden beim Abschlusse des Dienstvertrags bildet Irrtum über eine Eigenschaft der Person. γ. **RG.** (Straff.) GoltdA. **51** 397: Irrtum über die Zahlungsfähigkeit einer Person ist ein Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft seiner Person. **d)** Verhältnis des § 119 Abs. 2 zu § 459 Abs. 2 (vgl. besonders JDR. **2** Ziff. II 3 zu § 459 u. o. Ziff. I 1). α. **RG.** 1. 7. 05, **61** 171 ff., JW. **05** 525 ff., DJZ. **05** 960, FrankfRdsch. **39** 101—110: Wegen eines Fehlers, den der Verkäufer nach § 459 zu vertreten und den der Käufer beim Abschlusse des Vertrags nicht gekannt hat, ist nicht neben der Wandelungsklage des § 462 auch noch die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums aus § 119 Abs. 2 zugelassen. Durch eine

andere Auslegung des Gesetzes würde in dasselbe ein unerklärlicher Zwiespalt getragen werden. Es macht auch keinen Unterschied, ob für die Wandelungsklage die Verjährungsfrist schon abgelaufen ist, einerlei, ob hierbei den Käufer eine Versäumnis trifft oder nicht. β. OLG. Stuttgart 11. 7. 05, R. **05** 469: Die Ertragsfähigkeit eines Gebäudes, die Höhe der Betriebskosten einer Maschine u. dgl. kann Gegenstand einer Zusicherung nach § 459 Abs. 2 sein, nicht aber begründet ein Irrtum über diese „Eigenschaft" der Sache die Anfechtbarkeit des Kaufgeschäfts nach § 119 Abs. 2.

§ 120. 1. Josef a. a. O. 402 ff.: § 120 findet Anwendung, auch wenn die Mittelsperson die Willenserklärung nicht versehentlich, sondern vorsätzlich unrichtig übermittelt hat (aM. Hölder, Staudinger, Endemann). Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist aber, daß der Erklärende überhaupt einen Auftrag zur Übermittelung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung erteilt hat und daß die Erklärung gerade dem zugeht, für den sie bestimmt ist (405). Dagegen findet § 120 nicht Anwendung, wenn die schriftliche Erklärung von der Mittelsperson verfälscht oder die übermittelte Erklärung ein Rechtsgeschäft anderer Art betrifft, als der Erklärende aufgegeben hat, oder wenn zugleich mit der richtig übermittelten Erklärung eine andere, zu der ein Auftrag nicht erteilt ist, übermittelt wird.

2. *Hölder, Willenserklärung 101: Hat die bestimmte Person oder Anstalt nicht der Urheber die Erklärung verwendet, um sie dem anderen zugehen zu lassen, sondern dieser, um sie zu empfangen, so ist sie ihm dadurch zugegangen, daß sie jener Person oder Anstalt zugegangen ist, also auch so, wie sie jener zugegangen ist.

§ 121. Abs. 1. I. 1. Zu den Worten „ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich)" vgl. sehr eingehend *Weyl, System der Verschuldensbegriffe, insbs. 17—32 und 185—208. Die 53 Stellen, in denen das BGB. den Begriff „unverzüglich" bringt, hat Weyl 17 ff. zusammengestellt und gruppiert; insbesondere handelt es sich um unverzügliche „Anzeigen" und „Benachrichtigungen", ferner „Mitteilung", „Zurückweisung" 2c. Nicht unter die „unverzüglich" erforderlichen Vorgänge gehört § 177 Abs. 1 Satz 1, ebensowenig „verzögern", „Verzögerung". Über die vom Gesetze mit dem schuldhaften Zögern bzw. mit unverzüglicher Vornahme der betr. Handlung verbundenen Folgen (27 ff.), über gesetzliche Dispense von der betr. Handlung (32). Erläuterung des Begriffs und seines Zusammenhanges mit den „Verschuldensbegriffen" 185 ff. Die rein sprachliche Bedeutung weist lediglich auf eine objektive Zögerung (wie bei „sofort" usw.), so daß also die Einstellung eines subjektiven Verschuldensmoments in den Begriff eine Willkürlichkeit seitens des Gesetzgebers war, die nicht ungefährlich. „Rechtzeitig" ist nicht unbedingt mit „unverzüglich" identisch. — Häufige Anwendung im HGB. (200 ff.), Vergleich der einschlägigen Normen, mit denen des HGB. und Konstatierung, daß sich das Moment des subjektiven aktiven Verschuldens (das Verschuldensprinzip) in die neuen Normen des HGB. unbemerkt eingeschlichen zu haben scheint (205/6). Trotz des dem BGB. zugrunde liegenden Kodifikationsprinzips wird man aber in anderen Gesetzen „unverzüglich" in seiner natürlichen Wortbedeutung verstehen müssen, die von einem auf subjektives Verschulden hinweisenden Ingredienz nichts weiß (206/7).

2. *R. Leonhard, DJZ. **05** 21 ff.: Der unverzüglichen Anfechtung bedarf der Irrende nicht, wenn infolge des Irrtums ein Tatbestand, ohne den ein gültiges Rechtsgeschäft nicht vorliegen kann, überhaupt nicht zustande gekommen ist.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** JW. **05** 282: Ob eine Anfechtung rechtzeitig erklärt worden ist, ist eine Rechtsfrage.

2. **RG.** BayRpflZ. **05** 242: Nicht schon Zweifel, sondern erst das deutliche Bewußtsein des Fehlens vorausgesetzter Eigenschaften verpflichten zur unverzüglichen Anfechtung wegen Irrtums.

§ 122. 1. „Infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte)", ausführliche Darlegungen zum Begriffe Kennenmüssen bei *Weyl, Verschuldensbegriffe 45—49 und 172—185. Nennung und Gruppierung der einschlägigen Fälle und der ans Kennenmüssen geknüpften Folgen. Kennenmüssen ein Spezialfall der Fahrlässigkeit (175), aber nicht identisch — ➻ wie Wendt, ACivPrax. 87 422 meint. — Red. ← mit unentschuldbarem Irrtum. Über das Verhältnis zur groben Fahrlässigkeit 178 ff., zum Vorsatz 180 ff., zum ärztlichen Verschweigen 181.

2. Kuhlenbeck, DJZ. **05** 1145: Eine sog. culpa in contrahendo setzt § 122 nicht voraus. Der Erklärungsempfänger soll schlechthin einen Anspruch auf den Ersatz des Schadens haben, den er dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, obwohl letztere nichtig oder anfechtbar ist. — Obwohl das BGB. im § 153 eine ausdrückliche Hinweisung darauf unterlassen hat, darf man den § 122 auch auf Fälle des hier in Rede stehenden Typus analog anwenden. Es ist überhaupt der Grundsatz aufzustellen, daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, der dadurch beschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (Vertrauensinteresse) erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kennen oder kennen mußte.

§ 123. I. 1. Stein, BayRpflZ. **05** 259 f.: Auch diejenige Willenserklärung kann angefochten werden, die nicht ausdrücklich in die Erscheinung getreten, sondern in einer Unterlassung enthalten ist, aber immer muß es ein wirklich kundgegebener Wille sein, der angefochten wird. In der Unterlassung der Aufkündigung eines laufenden Vertrags liegt keine positive Willenserklärung.

2. *Linckelmann, JW. **05** 226 ff.: Im Falle der arglistigen Täuschung hat der Getäuschte das Recht, a) den Vertrag wegen Täuschung anzufechten (Folge: Nichtigkeit des Vertrags), b) Schadensersatz zu fordern, dessen besonderer Tatbestand in den §§ 823 und 826 BGB. geregelt ist (Inhalt: Aufhebung des Vertrags auf obligatorischem Wege und Ersatz des Schadens, insbesondere auch des infolge Wegfalls des Vertrags entgehenden Gewinns), c) den Vertrag zu bestätigen. Die Rechte zu a und b können kumulativ neben- und nacheinander geltend gemacht werden; dagegen schließt die Bestätigung des Vertrags die Geltendmachung der Rechte zu a und b aus.

3. *J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 393 ff.: Wenn dem Drohenden ein Recht auf die erzwungene Handlung zusteht, so ist die Drohung als widerrechtlich anzusehen, sobald die Androhung der Zwangsmaßregel gegen das Strafrecht verstößt, insbesondere wenn eine Nötigung im Sinne des § 240 StGB. vorliegt.

4. *Weyl, Verschuldensbegriffe 54 ff., 438 ff.: „Arglistige Täuschung" und „arglistiges Verschweigen" sind Unterfälle des Begriffs Arglist. Über letzterem 440 ff. Definition: Arglist ist das vorsätzliche und zugleich versteckte und objektiv verwerfliche Benehmen (456). Die Widerrechtlichkeit begegnet in 6 verschiedenen Kombinationen (84 ff.). Das Wort kann sprachlich zweierlei begreifen (Verstoß gegen objektive und gegen subjektive Rechte), geht aber im BGB. nicht bloß auf Verstöße gegen subjektive Rechte. — Der Verstoß selber ist nur ein objektiver (362 ff.). Identisch mit „Rechtswidrigkeit" und daher der Gebrauch zweier Ausdrücke im Gesetze tadelnswert (337, 367 ff.). Für den Begriff Widerrechtlichkeit (lediglich objektive Verletzung des objektiven Rechtes) ist daher in dem Systeme der Verschuldensbegriffe kein Platz (506). Auch die „Drohung" ist nicht zu den Verschuldensbegriffen im engeren Sinne zu rechnen (näheres 378—383).

5. „Widerrechtliche Drohung" kann auch in der Verweigerung des Baukonsenses seitens der Polizeibehörde liegen, wenn diese Verweigerung dazu benutzt wird, dem Baulustigen Versprechungen an die Gemeinde abzupressen. Doch gilt dies nur für die sog. „fertigen" Straßen, da bei „unfertigen" das Ortsstatut entsprechend § 12 FluchtlG. der Gemeinde die Befugnis zur gänzlichen Versagung der Bauerlaubnis geben und daher die Bewilligung des Baues von ihrem Belieben abhängig machen kann. Das Nähere hat *Hedemann, Pr. VerwBl. **26** 381 f. und gemeinsam mit Dierschke, ABürgR. **27** 134 ff. ausgeführt.

II. Aus der Praxis. 1. Betrug durch Stillschweigen (JDR. 3 Ziff. I f). **RG.** ElsLothZ. **05** 85: Auch schon das Verschweigen näherer Umstände seitens eines Syndikats kann als arglistige Täuschung erachtet werden, wenn das Syndikat sich bewußt ist, daß die Kenntnis jener näheren Umstände auf die Entschließung seiner Abnehmer von bestimmendem Einfluß sein werde.

2. „Widerrechtlich durch Drohung" (JDR. 3 Ziff. I d). **a) RG.** 8. 12. 04, **59** 353, JW. **05** 73: Von einem widerrechtlichen Bestimmen eines anderen durch Drohung kann man nicht sprechen, wenn nur etwas an sich völlig Erlaubtes ohne den Willen, damit eine gewisse Leistung zu erzwingen, angedroht wird und wenn der andere dann durch eigene Überlegung dahin kommt, zur Vermeidung größeren Übels eine Leistung anzubieten. **b)** OLG **10** 135 (Colmar): Drohung mit einer Strafanzeige braucht nicht immer widerrechtlich zu sein (näheres 136). Ebenso **RG.** 16. 1. 05, DJZ. **05** 315: Aber die rechtlichen Befugnisse dürfen nicht dazu benutzt werden, um nur im allgemeinen abgeschätzte Ansprüche ohne voraufgegangene Erörterung und Prüfung durchzusetzen. **c)** Bay. ObLG., SeuffBl. **05** 186: Nicht erforderlich ist, daß die Drohung selbst unberechtigt oder widerrechtlich ist.

3. **RG.** 28. 1. 05, JW. **05** 200, SächsA. **15** 489: Zum Begriffe der Drohung genügt nicht die bloße Tatsache, daß die schon bestehenden Verhältnisse von selbst mit Sicherheit ein künftiges Übel befürchten lassen, auch wenn der Anfechtungsgegner darauf zum Zwecke der Willensbestimmung hingewiesen hat, vielmehr muß die Beeinflussung des freien Willens des Gegners durch ein von dem Willen des Drohenden abhängiges, von diesem erst noch irgendwie durch positive Tätigkeit in Bewegung zu setzendes Übel erfolgt sein.

4. **RG.** 1. 3. 05, R. **05** 223: Kausalzusammenhang zwischen der arglistigen Verschweigung und der Entschließung des Käufers erforderlich. Täuschung liegt nicht vor, wenn der Kläger auf das, was ihm verschwiegen wurde, auch dann, wenn es ihm mitgeteilt worden wäre, kein Gewicht gelegt hätte.

5. **RG.** 29. 9. 05, JW. **05** 639: Der Vorwurf arglistiger Täuschung läßt sich gegen den Verkäufer nicht schon deswegen erheben, weil er bei Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache auf die Versicherung eines anderen, insbesondere auf ein Sachverständigen-Gutachten sich verlassen und eine eigene Prüfung nicht vorgenommen hat.

6. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 918 ff., JW. **05** 228: Ein Vergleich kann wie andere Verträge wegen arglistiger Täuschung angefochten werden und zwar kann die arglistige Täuschung auch in Ansehung derjenigen streitigen und ungewissen Punkte, deren Beseitigung der Vergleich bezweckte, als Anfechtungsgrund in Frage kommen. Anders bei Anfechtung wegen Irrtums (vgl. auch JDR. 3 Ziff. 2 zu §§ 119 ff.).

7. PrOVG. **45** 366 ff.: Die durch arglistiges Verschweigen einer früheren Krankheit erworbene Mitgliedschaft bei einer eingeschriebenen Hilfskasse ist anfechtbar. Von der Anfechtung der Mitgliedschaft wegen Verschweigens der Krank-

heit ist die Ausschließung des Mitglieds wegen dieses Grundes begrifflich verschieden.

8. OLG. Cassel, R. **05** 616: Die Anfechtung eines vormundschaftsgerichtlich genehmigten Rechtsgeschäfts ist wegen arglistiger Täuschung des Vormundes zulässig, einerlei, ob die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts anfechtbar ist oder nicht.

9. Die Entscheidung des RG., JDR. 3 Ziff. Ie, findet sich jetzt auch RG. 58 348 ff.

§ 124. 1. RG. 59 155 ff., BadRpr. **05** 287, JW. **05** 42, DJZ. **05** 71: Der durch arglistige Täuschung zum Schließen eines Vertrags Verleitete braucht den Vertrag nicht nach § 124 anzufechten, sondern kann bei dem Vertrage stehen bleiben, und Ersatz des positiven Vertragsinteresses verlangen (157). Ebenso RG. JW. **04** 140. (Näheres u. § 249 Ziff. 2 b β.)

2. **a)** RG. 59 94 ff., JW. **05** 13, SeuffA. **60** 217: Die im § 124 vorgeschriebene Frist beginnt nicht mit der Kenntnis der betreffenden Partei von der objektiven Unrichtigkeit der Mitteilung, sondern erst mit der Kenntnis von dem Charakter derselben als einer wider besseres Wissen abgegebenen arglistigen Erklärung. Kenntnis von der objektiven Unrichtigkeit berechtigt nur zur Anfechtung wegen Irrtums aus § 119 (96). **b)** Abs. 2. RG. ebenda: Wenn im Abs. 2 von dem Entdecken der Täuschung durch den Anfechtungsberechtigten gesprochen wird, so schließt das Wort Täuschung hier das Moment der wissentlichen Wahrheitswidrigkeit in sich, wenn auch der Zusatz „arglistig" nicht nochmals zugefügt ist.

§ 125. Satz 2. *Tauber, GruchotsBeitr. **49** 231 ff.: Zunächst ist zu unterscheiden, ob die Beteiligten die schriftliche Form für den Vertrag bloß zu dessen leichterer Beweisbarkeit oder deswegen gewählt haben, um durch sie den Vertrag zustande zu bringen Im ersten Falle sind mündliche Abänderungen ohne weiteres wirksam, im zweiten ist weiter zu erforschen, ob der übereinstimmende und ernstliche Wille der Parteien bei der Abänderung dieser trotz des Mangels der Schriftform Wirksamkeit verleihen wollte. Wird dieser Wille einwandsfrei gestellt — beweispflichtig ist derjenige, der die Wirksamkeit der mündlichen Abänderung trotz der fehlenden Schriftform behauptet —, so ist die mündliche Abänderung wirksam, sonst ist sie nichtig. Es ist nicht anzunehmen, daß die Vertragsparteien, welche die Schriftform für nachträgliche Abänderungen aus freien Stücken und nur im eigenen Interesse gewählt haben, sich damit eine Schranke haben errichten wollen, die ihr übereinstimmender fester Wille nicht wieder sollte beseitigen können. Der Geltendmachung der Nichtigkeit steht nicht allgemein die exceptio doli generalis entgegen, da die Unwirksamkeit auf vertraglicher Vereinbarung beruht. Im Einzelfalle kann die Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoßen.

§ 126. I. 1. Dennler, Unterschrift, BayNotZ. **05** 82, wendet sich gegen die Zulässigkeit der Unterzeichnung mit dem Namen des Vertretenen.

2. Markull, Der Faksimilestempel, PrVerwBl. **25** 675 ff.: Das Erfordernis der „eigenhändigen Unterschrift" stellt außer Zweifel, der bloß mit einem Faksimile des Namenzugs unterstempelten Urkunde die Gültigkeit als einer schriftlichen im Sinne des Gesetzes zu versagen. In dieser Beziehung ist der § 126 gegenüber der bisherigen Entwickelung zweifellos als Rückbildung anzusehen (676). Genügt der Faksimiledruck auch für das bürgerliche und das Prozeßrecht dem Erfordernisse der Unterschrift nicht, so ist der faksimilierten Unterschrift doch auf dem Gebiete verwaltungsrechtlicher Tätigkeit im weitesten Umfange Rechtsgültigkeit zuzusprechen (677 ff.).

3. Josef, ZBlFG. 5 818 ff.: Insofern die gegenüber dem Gerichte der freiw. Gerichtsbarkeit abzugebenden Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhalts sind,

d. h. kraft der Erklärung, als ihre notwendige und unmittelbare Folge Rechte begründet, verändert oder aufgehoben werden, bedarf die Erklärung, wofern sie schriftlich eingereicht wird, nach § 126 BGB. u. § 11 FGG. der Unterzeichnung durch die Beteiligten. Insofern die Anträge und Erklärungen nicht rechtsgeschäftlichen Inhalts in dem oben angegebenen Sinne sind, läßt sich die Notwendigkeit der Unterschrift weder aus § 126 BGB. noch aus dem Wesen der schriftlichen Erklärung herleiten. Um den etwaigen Zweifel zu beseitigen, daß die Erklärung ohne Willen der Beteiligten bei Gericht eingegangen sei, hat das Gericht geeignetenfalls gemäß § 12 FGG. die Beteiligten zur Erklärung hierüber aufzufordern; das innerhalb der gesetzlichen Frist eingereichte unterschriftliche Schriftstück gilt als rechtswirksam und rechtzeitig dem Gerichte zugegangen, auch wenn die Anerkennung der Beteiligten erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist eingeht.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. Breslau, Breslau-AK. **05** 2: Wird ein zunächst nur von dem Ehemann und dem Vertragsgegner unterschriebener Mietvertrag später auch mit der Unterschrift der Ehefrau versehen, so ist hierdurch die Schriftform gewahrt, nochmalige Kopierung der Urkunde und Wiederholung der alten Unterschriften ist nicht erforderlich.

2. **RG.** **59** 245: Zur Wahrung der im § 126 vorgeschriebenen Form genügen einseitige Bestätigungen eines Vertragsverhältnisses, welche ein Teil dem anderen ausstellt und aushändigt, nicht.

3. OLG. Celle, R. **05** 43: § 126 ist auf das Strafrecht nicht anwendbar.

§§ 126, 127, 128. **RG.** **59** 219: Auch bei den an schriftliche Form, gerichtliche oder notarielle Beurkundung gebundenen Willenserklärungen greift § 133 Platz, und es ist dabei auch keineswegs ausgeschlossen, daß zur Ermittelung dieses Willens außerhalb der auszulegenden urkundlichen Erklärungen liegende Umstände herangezogen und berücksichtigt werden. — Dies trifft besonders dann zu, wenn die Urkunde gerade in sich unvollständig ist; so **RG.** GruchotsBeitr. **49** 883 Hamburg, SeuffA. **57** Nr. 148, Neumann, Handausg. (4) Anm. I 1 b zu § 126. Erforderlich ist aber auch hier, daß in den gebrauchten Worten der Ausdruck dessen, was als der Wille des Erklärenden ermittelt wird, überhaupt gefunden werden kann.

§ 130. I. **1.** *Breit, SächsA. **15** 165ff.: Rechtsgeschäfte an deren Wirkungen ein Dritter unmittelbar beteiligt ist, sind regelmäßig in der Weise vorzunehmen, daß sie zur Kenntnis des Beteiligten gelangen. Eine Ausnahme tritt nur dann ein, wenn das Rechtsgeschäft lediglich eine Anerkennung oder Bestätigung enthält. Nicht unter die Rechtsgeschäfte, „die einem anderen gegenüber abzugeben sind", fallen die Erklärungen, die einer Behörde gegenüber abzugeben sind. Der „andere", dem gegenüber das Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, ist gleichbedeutend mit dem Beteiligten.

A. 1. Jede vor einer Behörde oder einem Beamten abzugebende Erklärung ist gleichzeitig ihnen gegenüber abzugeben. Die Abgabe „vor" einem Dritten ist nur ein Spezialfall der Abgabe „gegenüber" einem Dritten. Daraus folgt, daß die Vertragserklärungen bei der Auflassung und der Ehe nicht nur gegenüber dem Vertragsgegner, sondern auch gegenüber dem Beamten abgegeben werden müssen. Sie sind somit zweifach adressierungsbedürftig: privatadressierungsbedürftig und amtsadressierungsbedürftig. Hier zeigt sich die wesentliche Verschiedenheit der Privat- und der Amtsadressierungsbedürftigkeit. Privatadressierungszwang ist die notwendige Folge materieller Beteiligung des Adressaten, die privatadressierungsbedürftigen Erklärungen scheiden sich dadurch scharf von allen anderen adressierungsbedürftigen Rechtsgeschäften. Amtsadressierungsbedürftigkeit im weiteren Sinne ist dagegen überall dort vorhanden, wo das Gesetz die Abgabe der Erklärung in der Weise verlangt, daß sie von einer mit amtlichen

Funktionen versehenen Person wahrgenommen wird, ohne daß es darauf ankommt, aus welchem Grunde die Wahrnehmung notwendig erscheint. Und daher sind bei den zur öffentlichen Testamentserrichtung erforderlichen informatorischen mündlichen Erklärungen nicht nur der Richter, sondern auch der Gerichtsschreiber, nicht nur der beurkundende Notar, sondern auch der zweite Notar und ebenso auch die etwa zugezogenen zwei Zeugen Adressaten der Erklärung.

2. Nach dem Grunde der Adressierungsbedürftigkeit zerfallen die adressierungsbedürftigen Erklärungen in zwei große Klassen: a) in solche, bei denen der formale Adressierungszwang lediglich die Folge der materiellen Beteiligung des Dritten ist, und b) in solche, bei denen der Adressierungszwang von seinem ursprünglichen Fundamente, d. i. eben der materiellen Beteiligung eines Dritten, losgelöst ist und anderen Zwecken, insbesondere dem, die tatsächliche Abgabe der Erklärung außer Zweifel zu stellen, dienstbar gemacht ist. Diese Einteilung deckt sich wohl an und für sich nicht vollständig mit der in privat- und amtsadressierungsbedürftige Erklärungen, d. h. mit der Einteilung in solche Erklärungen, die einem anderen, und solche, die einer Behörde gegenüber vorzunehmen sind. Denn wenn auch die unter a fallenden Rechtsgeschäfte samt und sonders privatadressierungsbedürftig sind, so sind doch unter der Klasse b nicht nur Erklärungen, die an eine Behörde zu richten sind, zu verstehen. Auch die Testamentszeugen oder der Dolmetscher sind dazu berufen, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, aber sie sind keine „Behörden", und die Erklärungen, die vor ihnen und damit auch, wie oben dargelegt wurde, ihnen gegenüber abzugeben sind, gehören nicht zu denen, die gegenüber einer Behörde abzugeben sind. Sie fallen aber auch nicht im Sinne des Gesetzes unter die, die einem anderen gegenüber abgegeben werden müssen, da ja Zeugen und Dolmetscher an den Wirkungen der Erklärung nicht beteiligt sind. Für die Erklärungen, die gegenüber nicht beteiligten Privatpersonen abzugeben sind, hat das BGB. keine allgemeinen Bestimmungen. Die Frage, ob nicht unter den Erklärungen, die gegenüber einer Behörde abzugeben sind, solche, die vor einer Behörde abzugeben sind, mitzuverstehen sind, ist ohne praktische Bedeutung, weil die Vorschrift im § 130 Abs. 3 ausschließlich Erklärungen unter Abwesenden betrifft. Auch § 143 Abs. 3, 4 ist nicht auf die vor einer Behörde abzugebenden Erklärungen anwendbar. Denn bei allen vor einer Behörde abzuschließenden Verträgen greift § 143 Abs. 2 ein, Anfechtungsgegner ist sonach stets der andere Vertragsteil. Von einseitigen Rechtsgeschäften, die vor einer Behörde vorzunehmen sind, gibt es aber nach dem BGB. nur das Testament; für dessen Anfechtung sind jedoch die Bestimmungen der §§ 2078 ff. maßgebend.

B. 1. Die begriffliche Möglichkeit des Verzichts auf adressierte Vornahme eines adressierungsbedürftigen Rechtsgeschäfts steht außer Zweifel, seine Unzulässigkeit kann nur auf den besonderen Umständen des konkreten Falles beruhen.

2. Die wirksame Vornahme eines adressierungsbedürftigen Rechtsgeschäfts verlangt aber *Adressierung an den zur Entgegennahme gerade dieser Erklärung legitimierten anderen.* Die an eine nicht legitimierte Person gerichtete adressierungsbedürftige Erklärung steht der überhaupt nicht adressierten im großen und ganzen gleich. Grundsätzlich ist nun der zur Entgegennahme Legitimierte der Beteiligte. Aber es ist denkbar, daß beide Eigenschaften sich voneinander trennen, so daß der Beteiligte nicht als Adressat fungieren kann und der Adressat nicht beteiligt ist. Von diesem Falle handelt § 164 Abs. 3. Man muß sich darüber im klaren sein, daß, wenn der Mundwalt den Mündel in der Entgegennahme einer Erklärung „vertritt", nicht der Mündel, sondern der Vertreter der Adressat der Erklärung ist, und daß sonach die Erklärung nicht gegenüber dem Mündel, sondern gegenüber dem Vertreter abgegeben wird.

3. Der normale Adressat einer adressierungsbedürftigen Willenserklärung ist der an ihren Rechtswirkungen sachlich Beteiligte. Aber nicht jeder der Beteiligten ist deswegen zur Entgegennahme einer ihn betreffenden Erklärung qualifiziert. Der Beteiligte muß im Besitz einer gewissen geistigen Reife sein, er muß mit einem Worte wahrnehmungsfähig sein. Das BGB. enthält keine allgemeinen Normen über Wahrnehmungsfähigkeit, sondern nur die nach Form und Inhalt gleich wenig gelungene Bestimmung des § 131. Aus der Entstehungsgeschichte des § 131 ergibt sich, daß sie als Ergänzung zu § 130 gedacht ist. Die begriffliche „Anwesenheit" und „Abwesenheit" sind rechtswissenschaftlich wertlos. An die Stelle dieser inhaltlosen Schemen hat eine neue Einteilung zu treten, und das ist die, die man bereits notgedrungen, aber in einem unleugbaren Widerspruche zu den üblichen Sprachgebräuchen in die Begriffe Anwesenheit und Abwesenheit hineinträgt: die nach dem Erklärungsmittel. Der Begriff „Zugang" ist einzuschränken auf schriftliche (verkörperte) Erklärungen. Schriftliche und überhaupt alle verkörperten Erklärungen werden nicht erst, wie mündliche und alle sonstigen nicht verkörperten Erklärungen, mit der Kenntnisnahme wirksam, sondern bereits mit dem Gelangen der Urkunde in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Adressaten. Dieses Gelangen der Urkunde in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Adressaten bezeichnet das Gesetz als Zugang. Daraus ergibt sich als wichtige Konsequenz, daß bei nicht verkörperten Erklärungen der Begriff des Zuganges schlechterdings unanwendbar ist. Mündliche Erklärungen können zwar wahrgenommen werden, der Adressat kann auch die ihm an und für sich mögliche Wahrnehmung in doloser Weise verhindern, aber nie und nimmer können ihm derartige Erklärungen „zugehen", denn es fehlt eben an dem materiellen Substrat, an dem der Adressat Besitz ergreifen könnte. Nach dem Vorgange, von dem der Eintritt der Wirksamkeit der adressierungsbedürftigen Erklärung in concreto abhängt, lassen sich sonach alle hierher gehörigen Erklärungen einteilen in wahrnehmungsbedürftige und zugangsbedürftige. Wahrnehmungsbedürftig sind z. B. die mündliche, die nur zum Lesen vorgezeigte schriftliche, die durch den optischen Telegraphen übermittelte Erklärung, zugangsbedürftig die übersendete schriftliche Erklärung, die phonographische Rolle usw.

C. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Kundgebung des Willens eine Abgabe der Erklärung gegenüber dem anderen? Die adressierungsbedürftige Erklärung muß zunächst in wahrnehmbarer Form abgegeben werden, der Erklärende muß grundsätzlich solche Mittel der Erklärung wählen, die geeignet sind, den Inhalt zur Kenntnis des konkreten Adressaten zu bringen, also z. B. so deutlich sprechen, daß der Adressat die betreffenden Worte zu hören vermag, das Schriftstück so nahe vorhalten, daß der Adressat die Zeichen lesen kann. Die an einen Tauben gerichtete mündliche Erklärung ist nicht — wie die herrschende Meinung lehrt — deshalb unwirksam, weil sie ihm nicht „zugegangen" ist, sondern deswegen, weil sie nicht dem Beteiligten gegenüber abgegeben ist, denn sie ist im Hinblick auf den Mangel seines Hörvermögens für ihn in der erklärten Form nicht wahrnehmbar. Der Mangel liegt sonach in der Abgabe, nicht in der Auskunft. Wer als Adressat eines einseitigen Rechtsgeschäfts zu fungieren hat, kann regelmäßig Vornahme in deutscher Sprache verlangen. Sogar die Kenntnis einer fremden Sprache verpflichtet noch nicht, sich auch auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen in dieser Sprache einzulassen. Denn wenn in einem solchen Falle auch die Erklärung für den Gegner wahrnehmbar ist, so ist doch das gewählte Äußerungsmittel nicht verkehrsüblich. Umgekehrt ist die Abgabe einer Erklärung in deutscher Sprache stets zulässig, ohne Unterschied, ob der Adressat des Deutschen mächtig ist oder nicht. Wer im fremden Lande in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt, mag sich die Sprache aneignen.

Ganz anders ist der Mangel der Wahrnehmungsfähigkeit zu beurteilen, der auf einem natürlichen Defekte der Sinnesorgane beruht. Mag dem Erklärenden der Defekt bekannt sein oder nicht — die nicht wahrgenommene und für den Adressaten nicht wahrnehmbare Erklärung ist unwirksam. Die dem Tauben mündlich erklärte Aufrechnung ist keine Aufrechnung. Den Blinden gegenüber ist dagegen eine Erklärung in schriftlicher Form statthaft, nur darf sie nicht durch bloßes Vorzeigen der Urkunde erfolgen. Wer blind und taub zugleich ist, kann als Adressat einer Erklärung überhaupt nicht auftreten. In den Fällen, in denen die Abgabe einer Erklärung nicht an den Beteiligten selbst, sondern an seinen Vertreter erfolgt, ist für die Wahrnehmbarkeit maßgeblich die Person des Vertreters, nicht die des Vertretenen.

2. Über die Perfektion von Verträgen und das Zugehen von Willenserklärungen handelt Bekker — unter Berücksichtigung von Titze, JheringsJ. 47 379 ff. (JDR. 3 Ziff. I) —, JheringsJ. 49 39 ff.: Die Unterscheidung des BGB. bei dieser Frage in „einseitige Rechtsgeschäfte" und „Verträge" könne im Verkehrsleben ihren Boden nicht finden, dagegen übersehe das BGB. die in Wirklichkeit vorhandenen Unterschiede (42). Nach ihm ergibt § 130 folgende Gliederung:

A. Willenserklärungen, die nicht einem anderen gegenüber abzugeben sind;

B. Willenserklärungen, „die einem anderen gegenüber abzugeben sind" und zwar a) solche, deren Wirksamkeit nur eintreten kann, nachdem sie zur Kenntnis desjenigen gelangt sind, an den sie abgegeben werden, b) solche, deren Wirksamkeit nur ein „Zugehen" erheischt, c) solche, die auch unzugegangen wirksam werden können (50).

Zu A gehören letztwillige Erklärungen, Stiftungsakte unter Lebenden, Bekanntmachungen usw.

3. *Hölder, Willenserklärung 99 ff.: Zu unterscheiden ist das Zugehen einer Erklärung im engeren und im weiteren Sinne. In jenem Sinne ist mir nur zugegangen die zu meiner Kenntnis gelangte, in diesem auch die Erklärung, die zu meiner Kenntnis gelangt wäre, ohne ein solches dem Gebiete meines Lebens angehörendes Hindernis, mit dem zu rechnen ihr Urheber keine Ursache hatte. Ein solches darf diesem nicht schaden, weshalb hier zu seinen Gunsten die zur Kenntnis ihres Empfängers nicht gelangte Erklärung einer zu seiner Kenntnis gelangten gleichsteht. Dagegen gilt diese Gleichstellung nicht zugunsten des Empfängers und zuungunsten des Urhebers der Ertlärung. Jener kann nicht dem telegraphischen Widerruf einer brieflichen Erklärung gegenüber, der spätestens mit ihr zu seiner Kenntnis gelangt ist, sich darauf berufen, daß er von ihr schon früher hätte Kenntnis nehmen können, kann sie vielmehr nur dann als eine ihm früher zugegangene geltend machen, wenn sie vor dem Widerrufe zu seiner Kenntnis gelangt ist. Worin das Zugehen besteht, bestimmt das Gesetz überhaupt nicht, und daß es verschiedenes bedeutet als ein durch den Urheber oder den Empfänger der Erklärung geltend gemachtes, folgt aus der maßgebenden Bedeutung von Treu und Glauben, der es zuwider wäre, wenn der Empfänger einer Erklärung sie geltend machen könnte als eine zu einer Zeit, zu der er noch nichts von ihr wußte, ihm zugegangene.

4. *Hellwig, JW. 05 356 f.: Wird in Abwesenheit des Erklärungsempfängers die Erklärung einem Dritten gegenüber abgegeben, so kann dieser sein: a) entweder Bote des Erklärenden. (Es gibt keinen Boten des Erklärungsempfängers.) Dann kann der Erklärende ihn zurückrufen, schlechthin oder indem ihm eine andere Botschaft aufgetragen wird. Die Erklärung ist erst zugegangen, wenn der Bote die Erklärung ausgerichtet hat. Bis dahin besteht jene Möglichkeit des Zurückrufens. b) Die andere Möglichkeit ist, daß die Erklärung an den

Dritten als den Vertreter des Erklärungsempfängers gerichtet wird. Hat dieser ihn dazu bevollmächtigt, so wirkt die Erklärung geradeso, als wäre sie dem Erklärungsempfänger selbst gemacht. Sie ist also unwiderruflich. Hatte der Vertreter aber eine Vertretungsmacht, so findet BGB. § 180 Satz 3, bezüglich des Widerrufs der § 178 Anwendung. Die Wirksamkeit der Erklärung hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 184 II). Ob der Dritte Bote oder Vertreter ist, ist Tatfrage.

5. Koppers, DJZ. 05 160: Der § 130 BGB. findet auf die Erklärung mittels Ferndruckers in allen Fällen Anwendung, ganz gleich, ob der Empfänger z. Z. der Ankunft am Empfangsapparat sich befindet oder nicht. Im Augenblicke des Zugehens ist die Willenserklärung vollendet. Vgl. JDR. 3 Ziff. 1 c u. d zu § 147.

6. Jebens, PrVerwBl. 24 773 ff.: Als der entscheidende Zeitpunkt, mit welchem man ein Schriftstück als „eingegangen" bei der Behörde, für die es bestimmt ist, anzusehen hat, wird nur derjenige gelten können, in dem der Tatsache des gewollten Hingebens diejenige eines ebensolchen Empfangens hinzutritt. Diese Tatsachen, insbesondere der beiderseitige Wille, bedürfen nicht überall erst entsprechender Beweise; beide Akte müssen aber als gewollte ineinandergreifen (774). Ausgeschlossen ist es, bei Präklusivfristen dem effektiven Eingang einen nur fiktiven als gleichwertig anzureihen (775).

7. *Abraham, Plutus 05 877: Die Girobank ist eine einheitliche juristische Person, und als eine Persönlichkeit Zahlungs- und Inkassobevollmächtigte aller ihrer Girokunden. Mögen ihre Geschäftsstellen auch, wie die der Reichsbank, über ganz Deutschland zerstreut sein, mag hiernach die Organisation an verschiedenen Orten verselbständigt sein, rechtlich bleibt die Einheit des Instituts gewahrt. Vertreterin des Girokunden ist nicht die jeweilig zuständige Reichsbankanstalt, sondern die gesamte Reichsbank. Geht daher ein Giroauftrag der Bank zu, so geht er gleichzeitig dem Vertreter des Zahlenden wie dem Vertreter des Zahlungsempfängers zu. Die Giroüberweisung enthält zwei Imperative. Der eine ist ein Auftrag, die Aufforderung zur Belastung des eigenen Kontos, das seiner Natur nach widerrufliche Zahlungsmandat (§ 671 BGB.) an die Bank als Bevollmächtigte des Zahlenden. Der zweite, in der Giroüberweisung enthaltende Imperativ ist die Aufforderung zur Gutschrift auf dem fremden Konto, die unwiderrufliche, an die Bank als Bevollmächtigte des Empfängers gerichtete Verfügung über das Giroguthaben des Zahlenden. Die Giroüberweisung enthält insoweit einen bindenden Antrag, Zahlung in den Formen des Giroverkehrs zu leisten. Diese Willenserklärung ist als Zahlungsantrag nach §§ 130, 145 BGB. mit dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie der Girobank als der Bevollmächtigten des Zahlungsempfängers zugeht. Ein Widerruf ist nur wirksam, wenn er vorher oder gleichzeitig eintrifft. Der nachträgliche Ausbruch des Konkurses, ebenso wie der Eintritt irgendeiner anderen Verfügungsbeschränkung ist bedeutungslos, da die verfügende Erklärung des Girozahlers mit dem Momente des Zugehens wirksam geworden ist. Auf die Willenserklärung ist es sogar ohne Einfluß, wenn der Girozahler bereits vor dem Zugehen seiner Erklärung geschäftsunfähig geworden oder gestorben ist (§§ 130 Abs. 2, 153 BGB.). Die Giroüberweisung wird von der Bank angenommen, wenn diese nicht unverzüglich ablehnt (§ 362 HGB.). Das Schweigen der Bank gilt als Annahme. Der Auftrag ist daher jedenfalls von der Bank akzeptiert, sobald diese dazu schreitet, den überwiesenen Betrag vom Konto des Zahlenden abzubuchen. Damit ist zum Ausdrucke gegeben, daß die Bank den Auftrag nicht ablehnen wolle. Was dem Zugehen der Willenserklärung bei der Bank und ihrer stillschweigenden Annahme durch Nichtablehnung folgt, ist lediglich die verwaltungsmäßige Ausführung des vollzogenen Rechtsgeschäfts.

II. Aus der Praxis. 1. RG. 61 125 ff., DJZ. 05 862: Gewöhnlich geht einem Kaufmanne die Erklärung zu, wenn sie in seinem Kontore von einer empfangsbefugten Person entgegengenommen wird. Es ist aber mit der geschäftlichen Gewohnheit (des Börsenbesuchs) zu rechnen, so daß unter Umständen die Abgabe der Erklärung auf dem Kontore nicht genügt.

2. SächsOLG. 26 503: Unerheblich für die Frage des Zugehens, ob das Schriftstück zunächst uneröffnet liegen blieb. (Wie RG. 50 194 u. Titze, IheringsJ. 47 380 ff., 410 ff.)

3. Anwendbarkeit des § 130 auf Erklärungen unter Anwesenden. a) RG. JW. 05 715, DJZ. 05 1169: Auch unter Anwesenden ist der Erklärende berechtigt, die unterschriebene Urkunde zurückzuhalten und selbst die dem Adressaten dargereichte Urkunde zurückzuziehen, solange dieser sie nicht ergriffen oder sonst in seine Verfügungsgewalt gebracht hat. Die Entscheidung der Frage, ob zum „Zugehen" unter Anwesenden nicht noch die Kenntnisnahme des Adressaten von dem Inhalte hinzukommen muß, läßt das RG. dahingestellt. b) OLG. 10 64 ff. (Königsberg): Eine empfangsbedürftige Willenserklärung unter Anwesenden kann auch durch Vorlegung eines Bekenntnisses des Erklärungsempfängers, daß er die Erklärung vernommen habe, abgegeben werden. c) RG. 24. 6. 05, JW. 05 488, BayRpflZ. 05 429: Will man die Grundsätze des § 130 auch auf Willenserklärungen unter Anwesenden anwenden, so ist es unzweifelhaft, daß solche Erklärungen auch durch Überreichung eines Briefes, einer zu unterschreibenden Urkunde usw., dem anderen zugehen können.

4. Über die Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung u. § 242 Ziff. 4 c α, β.

§ 131. Ist § 131 entsprechend auf Erklärungen gegenüber Anwesenden auszudehnen? *Breit, SächsA. 15 165 ff.: Die Frage erledigt sich sofort, wenn man unter dem Zugange nur das Gelangen einer Urkunde in den tatsächlichen Machtbereich des Adressaten versteht. Da man bei mündlichen Erklärungen und bei den lediglich zum Lesen vorgezeigten schriftlichen Erklärungen von einem „Zugehen" überhaupt nicht reden kann, so ist damit auch die unmittelbare Anwendung des § 131 auf solche Erklärungen ohne weiteres ausgeschlossen. Von einer analogen Ausdehnung kann aber keine Rede sein. Cosack, Fischer-Henle, Kuhlenbeck, Crome, Goldmann-Lilienthal bejahen die Frage; aM. Planck, Hachenburg, Endemann. Auch analoge Anwendung ist nicht möglich. Hiernach ergibt sich a) Adressat einer privatadressierungsbedürftigen Erklärung kann niemals eine geschäftsunfähige Person sein. b) Die an einen Geschäftsunfähigen adressierte schriftliche (richtiger zugangsbedürftige) Erklärung gilt im Zweifel als gleichzeitig an den gesetzlichen Vertreter adressiert. Die nach § 131 Abs. 1 Satz 2 erforderliche Einwilligung hat nicht den materiellen Inhalt der Erklärung, sondern die regelwidrige Form der Abgabe, die Adressierung an den Geschäftsbeschränkten zum Gegenstand. Bewußtlosigkeit und vorübergehende Störung der Geistestätigkeit auf seiten des Adressaten verhindern zwar nach allgemeinen Grundsätzen die Wirksamkeit der wahrnehmungsbedürftigen, nicht aber die der zugangsbedürftigen Erklärung.

§ 133. I. 1. *Danz, DJZ. 05 384 ff.: Da bei dem Rechtsgeschäfte die konkrete rechtliche Wirkung stets entsprechend der Bedeutung der Willenserklärung, welche den Tatbestand des konkreten Rechtsgeschäfts bildet, eintritt, so sind bei der Auslegung auch alle Umstände, unter denen die Willenserklärung abgegeben ist, zu berücksichtigen, da diese die Bedeutung der Willenserklärung, der gebrauchten Worte, beeinflussen; z. B. ob mit dem Worte „bitten" eine unentgeltliche Gefälligkeit verlangt wird oder nicht. Auch lediglich durch Handlungen kann eine Willenserklärung erfolgen.

2. Riedel, R. **05** 497: § 133 gilt auch für die Willenserklärungen, deren Rechtswirksamkeit das Gesetz von Einhaltung einer bestimmten Form abhängig macht. — Besteht ein Widerspruch zwischen dem wirklichen Sinne und dem Inhalte der Erklärung, so darf insoweit der unausgesprochene Wille nicht als erklärt gelten. Die Vereinbarkeit des ermittelten Willens mit der Erklärung, das Erfordernis also, daß der wirkliche Wille in der Erklärung seinen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, bildet die Schranke, welche durch die Auslegung nicht überschritten werden darf.

3. *Stammler, Privilegien und Vorrechte 32: Für Auslegung von Privilegien bleiben die landesrechtlichen Vorschriften in Kraft (so besonders ALR. Einl. §§ 54—58; II. 14 § 4—8; 33).

II. Aus der Praxis. **a)** **RG. 60** 56 ff., DJZ. **05** 410: Die Frage, ob bei Verträgen ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände gegeben ist, ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beantworten. Näheres s. u. zu § 157 Ziff. II 1. **b)** **RG.** DJZ. **05** 601: § 133 gilt für alle Geschäfte. **c)** **RG.** JW. **05** 336, SeuffA. **60** 433: Abweichung vom buchstäblichen Sinne einer Willenserklärung ist nicht schrankenlos zulässig, vielmehr bildet das Erfordernis, daß der wirkliche Wille in der Erklärung seinen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, die Schranke, welche durch die Auslegung nicht überschritten werden darf. Ebenso **RG.** DJZ. **05** 602. **d)** **RG.** 17. 3. 05, R. **05** 250: Dem buchstäblichen Sinne einer Willenserklärung kommt gegenüber der unter Eid gestellten Darstellung des abweichenden Sachverlaufs eine entscheidende Bedeutung nicht zu. **e)** **RG.** 14. 11. 04, R. **05** 77: Die Auslegung einer letztwilligen Verfügung setzt voraus, daß eine Erklärung überhaupt abgegeben ist, die Abgabe kann aber auch stillschweigend geschehen. Es ist mithin nicht angängig, zur Ergänzung des im Testament erklärten Willens irgendwelche andere Erklärung des Erblassers im Wege der Auslegung in das Testament hineinzutragen (s. auch u. zu § 2084). **f)** OLG. Colmar 12. 7. 05, ElsLothNotZ. **05** 216: Auch vom Grundbuchamte muß der innere Zusammenhang der in einem Notariatsakte beurkundeten Willenserklärungen gewürdigt werden. — Vgl. auch o. zu §§ 126, 127, 128.

§ 134. I. 1. *Philipp, BayRpflZ. **05** 382 ff., führt anknüpfend an einen praktischen Fall aus: Nach § 134 ist der Bordellverkauf nichtig, wenn er den Tatbestand eines Vergehens der Kuppelei nach § 180 StGB. darstellt. Ohne weiteres aber ist diese Voraussetzung schon deshalb nicht gegeben, weil durch den Verkauf für den Unzuchtsbetrieb keine günstigeren Voraussetzungen geschaffen werden, als sie schon vor dem Verkaufe waren. Das Bewußtsein des Verkäufers, der Käufer werde den Bordellbetrieb fortsetzen oder er werde erst in dem Hause ein Bordell einrichten, macht den Verkäufer noch nicht zum Kuppler. Die Schaffung der Möglichkeit, in dem Hause einen Bordellbetrieb fortzusetzen oder anzufangen, ist als Vorbereitungshandlung straflos. Der Tatbestand des § 180 StGB. ist aber gegeben, wenn der Verkäufer nach den Vertragsbestimmungen die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit hat, nach der Übernahme des Hauses durch den Käufer diesem die Benutzung des Hauses zu Bordellzwecken zu verbieten oder wenn er sonst durch positive Tätigkeit den Bordellbetrieb fördert oder aus ihm Nutzen zieht. Hier kann mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in dem der Verkauf des Hauses mit der kupplerischen Tätigkeit steht, der Beginn desselben schon in dem Verkaufe gefunden werden (vgl. **RG.** [Strafs.] JW. **05** 242).

2. Neben § 134 besteht das Prinzip: Ein Erfolg, den das Gesetz verhindern will, darf nicht auf Umwegen erreicht werden; s. Binder o. Ziff. 4 zu § 25.

3. Pactum de non licitando (JDR. **3** Ziff. 6 I Be und u. Ziff. II 1). Fuld, SeuffBl. **05** 592 ff.: In denjenigen Bundesgebieten, in welchen landesgesetzliche Strafbestimmungen gegen das Abhalten von Bietern bei öffentlichen Versteige-

rungen bestehen, müssen die hierauf gerichteten Beredungen unter der Voraussetzung des gesetzlichen Tatbestandes ohne weiteres als nichtig bezeichnet werden. Aber auch da, wo die Landesgesetzgebung keine Strafbestimmung vorgesehen hat, wird die Nichtigkeit des pactum de non licitando ausnahmslos anzunehmen sein, weil der Ausschluß des freien Wettbewerbes bei öffentlichen Versteigerungen die guten Sitten verletzt.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** (Plen.) 17. 3. 05, **60** 273 ff., DJZ. **05** 745: Ein Vertrag, durch den der eine Kontrahent sich von dem anderen gegen Zusicherung eines Vorteils vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung abhalten läßt, ist nicht um deswillen allein nach § 134 nichtig, weil § 270 Pr. StGB. den mit Strafe bedroht, der andere vom Bieten bei öffentlichen Versteigerungen durch Gewährung eines Vorteils abhält. § 134 erfordert, daß das Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn aber bei zweiseitigen Rechtsgeschäften nur die eine der beiden Willenserklärungen mit Strafe bedroht ist, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß auch das ganze Rechtsgeschäft im Sinne des § 134 verboten sei.

2. **RG.** R. **05** 430: Unwirksam ist eine Vereinbarung des Inhalts, daß ein in Deutschland beheimatetes, unter deutscher Flagge fahrendes Segelschiff für gemeinschaftliche Rechnung von Inländern und Ausländern erbaut und dergestalt von der Werft erworben werden soll, daß die ausländischen Beteiligten wirkliche Mitreeder werden, ihre Parten aber auf den Namen eines Inländers in das Schiffsregister eingetragen werden sollen.

3. **RG.** JW. **05** 682: Verträge über einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch, auch wenn sie entgeltlich, sind nichtig.

4. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 211: Der Verkauf einer Bondenholzung zum Schlagen verstößt nicht gegen ein gesetzliches Verbot.

5. OLG. Cöln, PucheltsZ. **36** 363, RheinA. **101** I 69: Ein Anstellungs- und Mietvertrag mit einem Büffetier, um durch ihn das nach § 147 Nr. 1 GewO. verbotene Schankgewerbe zu betreiben, verstößt gegen § 134.

6. *Weyl, Verschuldensbegriffe 342 ff.: „Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot" kein Verschuldensbegriff, sondern ein lediglich objektiver Begriff.

§§ 134, 135. *Klein, AKathKR. **85** 242 ff.: Die nach katholischem Kirchenrechte bestehenden Veräußerungsverbote zugunsten der res ecclesiasticae haben durch die Neuregelung unseres Privatrechts ihre staatliche Bedeutung verloren. Sie bedeuten nicht Verbotsgesetze im Sinne der §§ 134, 135, auch kann auf sie keine Beschränkung der Vertretungsmacht der kirchlichen Organe gestützt werden. Sie behalten lediglich ihre kirchliche Bedeutung. Zweckwidriger Kirchengutsveräußerung kann die Landesgesetzgebung gemäß EG. Art. 82 in Verbindung mit BGB. § 26 entgegentreten.

§ 135. *Reichel, Umschreibung d. Vormerkung 56: Abs. 2 hat Rechtspositionen schlechthin, nicht nur „Rechte" im Auge.

§ 137. 1. Schott, 305 ff. erörtert die Frage, ob der durch § 137 verbotene Zweck privater dinglicher Verfügungsbeschränkung im Wege der auflösenden Bedingung erreicht werden kann. Bejaht wird diese Frage von Dernburg, BGB. I 372, verneint von Crome (vgl. JDR. **1** Ziff. 4) (306). Schott teilt zur Beantwortung der Frage die möglichen Fälle in drei Gruppen ein (321). a) In dem Falle, daß unter Lebenden oder von Todes wegen bestimmt wird, daß der Eigentümer nicht berechtigt sein soll zur Verfügung und daß somit „im Falle der Veräußerung" diese Veräußerung nichtig sein soll, ohne daß aber eine andere Person bestimmt wird, der die Sache etwa nun zufallen solle, taucht die Frage, ob der Zweck nicht unter Umgehung des § 137 durch Setzen einer Resolutivbedingung erreicht werden kann, gar nicht auf (näheres 324). b) Wird

bestimmt, daß „im Falle der Veräußerung" das Eigentum von dem verbotswidrig Handelnden auf den anderen Vertragsteil oder auf einen Dritten übergehen soll, so ist gleichfalls eine Resolutivbedingung mit dinglicher Wirkung unzulässig, weil durch sie genau der Tatbestand geschaffen würde, dem der § 137 die Rechtswirksamkeit versagen will (331). c) Endlich ist eine Resolutivbedingung auch unzulässig, wenn von Todes wegen bestimmt ist, daß „im Falle der Veräußerung" das Eigentum an einen Dritten gelangen oder unter die Verfügung eines Testamentsvollstreckers fallen soll (333 ff.).

2. **a**) OLG. **10** 69 (KG.): Die Bestimmung, daß der Gutsübergeber sich das Verfügungsrecht über die Substanz des übertragenen Vermögens vorbehält, hat keine Wirksamkeit gegen Dritte. **b**) OLG. **11** 1 (KG.): Eine Verfügungsbeschränkung nach § 137 kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

§ 138. 1. *Philipp, Bordellverkauf a. a. O.: Die Verwerflichkeit der Gesinnung allein macht das Rechtsgeschäft nach § 138 nicht nichtig; der Verkäufer eines Hauses verstößt nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil er weiß, daß der Käufer in dem Hause ein Bordell einrichten oder das bereits in dem Hause betriebene Bordell fortsetzen will. Das Rechtsgeschäft ist nur unsittlich, wenn das unmoralische Element entweder zum Inhalt oder zum ausgesprochenen Vertragszweck erhoben wurde. Nur dann, wenn das Bordellgewerbe mit zum Gegenstande des Kaufvertrags gemacht wurde, wenn die Vertragsteile das unzüchtige Gewerbe selbst irgendwie zum Gegenstand ihrer Haupt- oder Nebenabreden gemacht haben, verstößt der Vertrag in seiner Gesamtheit gegen die guten Sitten. Die Unsittlichkeit des Kaufvertrags vorausgesetzt, steht der Klage des Bordellkäufers auf Löschung der für den Kaufpreis eingetragenen Hypothek die exceptio doli generalis entgegen, wenn er sich nicht seinerseits zur Herausgabe des Kaufobjekts bereit erklärt. Es würde auf die durch den Kaufabschluß begangene Unsittlichkeit eine noch größere Gemeinheit gehäuft, wenn der Käufer im Besitze des Bordells bleiben, sich aber der eingegangenen Verbindlichkeit unter Berufung auf § 138 entschlagen wollte. Die Arglisteinrede ist auch zu gewähren gegen ein Klagbegehren, das an sich in den Gesetzen begründet ist, dessen Erfüllung aber eine offenbare Unbilligkeit in sich schließen würde. Die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts — Kaufvertrag — ergreift nicht das abstrakte Leistungsgeschäft — Übereignungsgeschäft. Die Übereignung ist kraft Gesetzes abstrakt. Daraus folgt, daß die juristisch-ethische Wertung der Vermögenszuwendung lediglich die causa trifft, die Anwendung des § 138 BGB. auf das Übereignungsgeschäft also ausgeschlossen ist. (AM. Dernburg, BGB. II 601.) Vgl. auch **RG. 58** 204; **57** 94; **48** 297, SeuffA. **48** 297; aM. der III. Strafsenat 26. 12. 04, R. **04** 534. Mit **RG. 57** 94, JW. **03** 83 auf dem Umwege der stillschweigenden Bedingung eine Abhängigkeit des Leistungsgeschäfts von dem Kausalgeschäft anzunehmen, da das BGB. die Lehre von der Voraussetzung ausdrücklich verworfen hat, geht nicht an, ja ist bei der Übereignung nach § 925 rechtlich unmöglich. Ebenso Förster, R. **05** 356. Gegenüber der auf Zurückgabe des Bordells aus § 812 gerichteten Klage des Bordellverkäufers kann sich der Käufer nicht auf § 817 berufen. Der Bordellverkäufer verfolgt gewöhnlich bei der Übereignung nicht, wie der, welcher dem Spieler zum Zwecke der Fortsetzung des verbotenen Spieles ein Darlehn gibt, oder wie der, welcher einem anderen zum Zwecke der Bestechung eine Summe gibt, einen unmoralischen Zweck. Dem Käufer steht nach der Übereignung frei, mit und auf dem Grundstück anzufangen, was er will. Wird allerdings der Bordellbetrieb mit zum Vertragszwecke gemacht, dann ist die Voraussetzung des § 817 gegeben. (Hierüber s. u. Ziff. 2 Förster.) ⇛ AA. die gemeine Meinung: Diese erblickt bei dem Kaufvertrage den Zweck der Leistung des Verkäufers

darin, als Entgelt für die Leistung des Käufers zu dienen. Ist diese Ansicht richtig, dann muß man unter der Voraussetzung, daß mit Rücksicht auf das im Kaufsobjekte betriebene unsittliche Gewerbe der Kaufpreis ungewöhnlich hoch bemessen wurde, die Anwendbarkeit des § 817 Satz 2 annehmen und die Klage auf Herausgabe des Bordells abweisen. ←

2. Förster, R. **05** 356, gelangt zu dem Ergebnisse, daß Bordellgrundstücke auch mit dem Betriebe wirksam veräußert werden können, weil § 138 nur auf das obligatorische Kausalgeschäft, nicht aber auf das dingliche Leistungsgeschäft anwendbar sei. Letzteres richte sich nach § 817, und deshalb sei die Erfüllung des obligatorischen Kaufgeschäfts gültig, nur könne sie wegen der beiderseitigen turpitudo von keinem Teile kondiziert werden.

3. Über den Begriff „Verstoß gegen die guten Sitten" handelt eingehend *Weyl, Verschuldensbegriffe 219—233; man kann ihn nur als etwas rein Objektives auffassen, und es ist daher irrelevant, ob der Täter selber seine Handlungsweise für einen Verstoß gegen die guten Sitten hält (229). Über das Verhältnis des Begriffs zum „unsittlichen Verhalten" s. a. a. O. 352.

4. Bartolomäus, DJZ. **05** 259: Das Mitgiftversprechen bildet ein Entgelt für die mit der Eheschließung übernommene Unterhaltspflicht (§ 1360 BGB.), es ist daher rechtsbeständig und nicht unsittlich.

5. Modellstehen. **a)** Josef, R. **05** 220: Dient eine Vereinbarung über „Modellstehen" den Zwecken rein künstlerischen Schaffens, so kann sie nach ihrem Gesamtcharakter, den subjektiven wie den objektiven Momenten, nicht gegen die guten Sitten verstoßen. — Dagegen ist ein Vertrag über Modellstehen nichtig und der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung unbegründet, wenn schon bei der Einigung über das Modellstehen ein unzüchtiges Verhältnis als dessen begleitende Folge in Aussicht genommen oder gar ausdrücklich besprochen sein sollte, mag hierdurch auch die Höhe der versprochenen Vergütung nicht beeinflußt worden sein. **b)** *B. Hilse, Die Vergütung für Modellstehen, SeuffBl. **05** 597 ff.: Als Modell die körperlichen Reize dem Künstler zwecks Beschauung und Nachbildung preiszugeben, verstößt nicht gegen die guten Sitten; die hierfür vereinbarte Vergütung ist daher selbst unter der Voraussetzung einklagbar, daß hierüber hinausgehende Annäherungen zwischen Künstler und Modell, die als sittlich anstößig gelten, stattfanden, da solche das gültige Rechsgeschäft nicht unwirksam machen können.

6. BayNotZ. **4** 246 ff.: Ein Ehevertrag, durch den jeder künftige Erwerb des Mannes, für die ganze Dauer der Ehe, alles, was er verdient, was das Vermögen der Frau trägt, von vornherein als Alleineigentum der Frau erklärt und die Verwaltung und Nutznießung des Mannes an diesem Alleineigentume der Frau ausgeschlossen wird, ist nach § 138 als gegen die Grundprinzipien des modernen Rechtes verstoßend nichtig. Er ist übrigens auch im Hinblick auf § 310 nichtig (247).

7. *Gieseker, Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre: Die Pflicht, nicht in Geheimnisse einzudringen, sowie die, geheime Tatsachen nicht zu veröffentlichen, trifft jedermann (vgl. JDR. **3** Ziff. 3 zu § 826); die Pflicht, geheime Tatsachen absolut geheim zu halten, dagegen hat man nur in ganz bestimmten Fällen (126 ff.). Jedoch ist ein Geheimhaltungsvertrag durchaus zulässig und sehr häufig (139 ff.). Der einseitige Geheimhaltungsvertrag wird in der Regel, der zweiseitige kann unter Umständen nach BGB. § 138 nichtig sein.

8. Über die Anwendung des § 138 auf den Fall eines Vermächtnisses an eine Frau, mit welcher der Erblasser im Ehebruch gelebt hat, vgl. Dernburg, Erbrecht 213, und dagegen *Jastrow, BuschsZ. **34** 500.

9. Aus der Praxis. I. Abs. 1. A. Allgemeine Gesichtspunkte (vgl. besonders IDR. 3). OLG Dresden, SächsA. **15** 104 ff.: Ist das Grundgeschäft aus § 138 nichtig, so folgt daraus nicht notwendig die Nichtigkeit des dinglichen Leistungsgeschäfts.

B. Einzelne Fälle. **a)** Bierlieferungsvertrag (IDR. 3 Ziff. 6 B a). α. RG. BayRpflZ. **05** 129: Ein zum Bierbezug auf längere Zeit bei Vertragsstrafe verpflichtender Vertrag ist nicht ohne weiteres unsittlich. β. OLG. Bamberg 18. 2. 05, SeuffA. **60** 258 ff.: Die Hingabe eines Darlehns seitens eines Weinhändlers an einen Wirt gegen die Verpflichtung zum Weinbezug auf eine bestimmte Zeit verstößt nicht gegen § 138, nicht gegen Abs. 1, aber auch nicht gegen Abs. 2, weil auf seiten des Wirtes die Gewährung des Geschäftsgewinns für den Händler keinen Vermögensnachteil bildet. γ. BayObLG., R. **05** 368: Die Vereinbarung, daß ein von einer Bierbrauerei einem Wirte gegebenes Darlehn nur dadurch zu tilgen ist, daß der Wirt für jedes Hektoliter bezogenen Bieres einen sog. Überpreis zahlt, und daß die Verpflichtung zum Bierbezuge so lange dauern soll, bis das Darlehn getilgt ist, verstößt nicht gegen die guten Sitten. **b)** OLG. Hamburg 14. 7. 04, SeuffA. **60** 57: Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn der Schuldner nach Abschluß eines außergerichtlichen Akkordes einem einzelnen Gläubiger gegenüber sich wechselmäßig verpflichtet, seine verbliebene Restschuld abzutragen. **c)** RG. 23. 6. 04, Gruchots Beitr. **49** 345 ff.: Das lediglich dem Zwecke der Schädigung der Gläubiger dienende fiduziarische Geschäft ist als gegen die guten Sitten verstoßend für nichtig zu erachten. Ebenso Dernburg, BGB. I 503; Rehbein, BGB. I 127/8. **d)** RG. 11. 10. 04, SächsA. **16** 63 ff., HoldheimsMSchr. **05** 165: Die Vertragsklausel „die Lieferung der Kohlen nach Belgien ist ausgeschlossen. Zuwiderhandlungen haben eine Erhöhung des Preises um 3 M. pro gelieferte Tonne zur Folge," verstößt selbst dann nicht gegen die guten Sitten, wenn sie die Tragweite hat, der Käufer stehe dafür ein, daß ein jeder spätere Käufer nicht der Klausel zuwider nach Belgien verkaufe. **e)** OLG. Cöln, EisenbE. **21** 173: Eine Tarifumgehung, um Güter billig nach dem Bestimmungsorte zu schaffen, verstößt gegen § 138, es entsteht deshalb kein Anspruch des Absenders auf Ersatz des der Eisenbahn nachgezahlten Betrags gegen den Empfänger. **f)** Arbeits- und Dienstverhältnis. α. GG. Hamburg, GewG. **10** 65: Eine Vereinbarung, daß der Arbeiter seinen Lohn nicht von dem Arbeitgeber, sondern von einem „Zwischenmeister" zu fordern habe, ist nach § 138 nichtig, weil der Arbeitgeber sich der ihm durch besonders strenge Vorschriften zur Pflicht gemachten Sorge dafür, daß seine Arbeiter ihren Lohn ungeschmälert erhalten, nicht dadurch entschlagen darf, daß er die Arbeiter wegen des Empfanges des Lohnes an einen Dritten verweist, welchem durch die geleisteten Arbeiten keine Werte geschaffen worden sind (66). β. GG. Hamburg, GewG. **10** 204: Die Bestimmung einer Arbeitsordnung, daß der Arbeiter keinen Anteil an Akkordüberschuß erwirbt, wenn er vor Beendigung des Akkordes ordnungsmäßig ausscheidet, während der Arbeitgeber ihn jederzeit entlassen darf und nur den bis dahin erarbeiteten Überschuß auszukehren braucht, verstößt nicht gegen § 138. γ. KG. München, GewG. **10** 145: Die Abrede, daß der Provisionsreisende sich eine Preisminderung in voller Höhe an der Provision kürzen lassen soll, verstößt gegen die guten Sitten. δ. Ein allzu niedriges Gehalt für einen Handlungsgehilfen, der sich selbst erhalten muß, hat das Kfm.G. Leipzig für gegen die guten Sitten verstoßend erklärt (Kfm.G. **1** 13). **g)** LG. Hamburg, DJZ. **05** 272: Nach § 138 liegt unsittliches Konkurrenzverbot vor, wenn ein Arbeiter sich verpflichtet, bei keinem ähnlichen Geschäfte Deutschlands in den nächsten 3 Jahren zu arbeiten. **h)** RG. 15. 3. 05, **60** 294: Selbst wenn in einem Kaufvertrage jede Aufrechnung des Käufers ausgeschlossen ist, so kann der Verkäufer, ohne gegen § 138 zu ver-

stoßen, diese Bestimmung nicht auf Ansprüche beziehen, die dem Käufer aus dem betrügerischen Verhalten des Verkäufers beim Vertragsschluß entstanden sind (296). **i)** RG. 25. 9. 05, JW. **05** 637: Ein Vertrag, der auf Ermöglichung und Beförderung des Getrenntlebens der Eheleute durch unerlaubte Mittel abzielt, indem sich die Frau das Recht auf Unterhalt nur durch den Verzicht auf alle ihr sonst gegen den Mann zustehenden Rechte und durch die Zusicherung, fern von ihrem Manne zu wohnen und gerichtliche Schritte zur Wiedervereinigung zu unterlassen, soll wahren können, verstößt gegen die guten Sitten. **k)** BayObLG., R. **05** 528, SeuffA. **61** 83: Ein schiedsgerichtliches Urteil kann nicht mit der Behauptung angefochten werden, daß es gegen die guten Sitten verstoße. **l)** RG. JW. **05** 640: § 138 ist auch auf Vermächtnisse anwendbar. Nach OLG. **10** 301 (KG.) auf letztwillige Verfügungen. **m)** OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 353: Es verstößt weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten, wenn sich der durch eine strafbare Handlung Geschädigte von dem Täter ein schriftliches Geständnis seiner Schuld ausstellen läßt und der Täter zur Ausstellung dieser Urkunde durch die Zusicherung des Geschädigten bestimmt worden ist, er werde von einer Strafanzeige absehen, wenn ihm der Täter die Bescheinigung über sein Geständnis aushändige. Vgl. OLG. Marienwerder, JDR. 2 Ziff. 6 I e. **n)** BayObLG., SeuffBl **05** 183 ff.: Ein sog. Schweigevertrag, in dem sich die uneheliche Mutter verpflichtet, den Namen des Vaters des Kindes nicht zu nennen, und dafür Zusicherung hinsichtlich des Unterhalts des Kindes erhält, verstößt an sich noch nicht gegen die guten Sitten. **o)** RG. 20. 12. 04, GruchotsBeitr. **49** 885: In einer Verfügung des Erben, mit der er der Absicht des Testators insofern zuwiderhandelt, als er sich einer ihm im Testament auferlegten Beschränkung zu entziehen sucht, kann nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden. **p)** RG. 4. 10. 05, JW. **05** 682: Eine Vereinigung mehrerer Bieter zur Abgabe eines Gebots für gemeinschaftliche Rechnung verstößt, wenn nicht anrüchige Nebenzwecke damit verfolgt werden, nicht gegen § 138. **q)** LG. Bromberg, PosMschr. **05** 83: Abtretung eines Anspruchs, zu dem vom Abtretenden verfolgten Zwecke, Zeuge zu sein, ist nach § 138 nichtig. **r)** OLG. Cassel, R. **05** 163: Die Vertragsabrede, durch welche der Schuldner für den Fall der Verzögerung seiner Leistung, wenn auch infolge höherer Gewalt, eine Vertragsstrafe von solcher Höhe verspricht, daß durch die Zahlung seine wirtschaftliche Existenz vernichtet würde, ist nichtig. **s)** RG (Strafs.) **37** 30 behandelt unter dem Gesichtspunkte des Betrugs einen eigenartigen Fall, in dem auf beiden Seiten ein Verstoß gegen die guten Sitten und mithin Nichtigkeit des Geschäfts nach § 138 vorliegt. **t)** RG. JW. **05** 321: Verträge über das Erziehungsrecht der Kinder für den Fall der Scheidung sind im Sinne des BGB. noch nicht in dem Maße wegen Verstoßes gegen die guten Sitten gemißbilligt, daß auch den noch unter der Herrschaft des älteren Rechtes gültig geschlossenen jetzt die Anerkennung versagt werden müßte. **u)** HansGZ **04** Beibl. 61 (JDR. 3 Ziff. 6 Bc), aufgehoben durch RG. HansGZ **05** Beibl. 80.

II. Abs. 2. A. Zum Begriffe der Ausbeutung (JDR. 3 Ziff. II A). **a)** RG. 7. 1. 05, **60** 9 ff., JW. **05** 134, DJZ. **05** 313: Nicht erforderlich ist die Absicht der Ausbeutung der Unerfahrenheit, es genügt die bewußte Ausnutzung der Unerfahrenheit zur Erlangung übermäßigen Vorteils. Ein allgemeiner Bewucherungsvorsatz ersetzt nicht die besondere Kenntnis der Person des einzelnen Käufers und seiner Unerfahrenheit sowie den Vorsatz der Ausnutzung dieser. **b)** OLG. Dresden, SächsOLG. **26** 262: Nichtigkeit eines Kaufvertrags wegen Ausbeutung der Unerfahrenheit des Käufers betreffs der Minderwertigkeit der Ware.

B. RG. 18. 4. 05, HoldheimsMSchr. 05 215 ff., SeuffBl. 06 40: Abs. 2 erfordert in subjektiver Beziehung kein arglistiges Verhalten; er bestimmt ferner, daß sein Tatbestand für sich allein als Verstoß gegen die guten Sitten zu beurteilen sei, und verlangt also nicht als weiteres Erfordernis ein gegen die guten Sitten verstoßendes Handeln. — Unter dem „Werte der Leistung" ist der objektive Wert der Leistung zu verstehen (216). Die Ausbeutung verlangt nicht ein aggressives Verhalten, für ihren Tatbestand reicht die Ausnutzung einer durch den Leichtsinn des Leistungsempfängers gegebenen zufälligen Gelegenheit zur Erlangung übermäßigen Gewinns aus.

RG. JDR. 3 Ziff. II E a; jetzt auch SeuffA. 60 218; OLG. Stuttgart, SeuffA. 60 134 = JDR. 3 Ziff. II A c.

§ 139. 1. RG. 23. 11. 04 59 175, JW. 05 43, SeuffA. 61 89: § 139 findet nicht nur Anwendung, wenn das Rechtsgeschäft objektiv aus mehreren Teilen besteht, sondern auch in den Fällen, wo bei dem Rechtsgeschäft auf der einen oder der anderen Seite mehrere Personen als Vertragschließende beteiligt sind. Ebenso RG 14. 10. 05, JW. 05 685, wo es ferner heißt: Darauf, ob die Leistungen teilbar oder unteilbar sind, kommt es für die Anwendung des § 139 nicht an.

2. RG. 5. 4. 05, Holdheims MSchr. 05 235: Durch § 139 ist keineswegs geboten, die Nichtigkeit des ganzen Vertrags anzunehmen, wenn sich unter mehreren Leistungen, die der eine Vertragsteil dem anderen verspricht, eine befinden sollte, die mangels genügender Bestimmtheit als rechtliche Verpflichtung keine Anerkennung finden kann.

3. RG. 23. 11. 04, 59 175, SeuffA. 61 89, DJZ. 05 123: § 139 dann anwendbar, wenn zwei Eheleute ein Grundstück für einen einheitlichen Preis gekauft haben, der Ehemann aber bereits zur Zeit des Abschlusses des Vertrags geisteskrank war.

4. OLG. Breslau, R. 05 311: Wenn einem Vertrage, dessen Wirkung aufschiebend bedingt ist, für den Fall der Bedingung ein nichtiger Vertrag angehängt wird, so übt diese Anhängung auf den wirksam gewordenen Hauptvertrag keinen Einfluß.

§ 140. 1. KGJ. 28 A 16 ff. (KG.): Enthält ein Erbvertrag nur solche Verfügungen, welche vertragsmäßig nicht getroffen werden können, so kann, wenn die Formvorschriften für Testamente beobachtet sind, der als solcher ungültige Erbvertrag als Testament aufrechterhalten werden.

2. OLG. 10 140 (KG.) über einen Fall, in dem eine gemäß § 134 nichtige Vereinbarung auf Grund des § 140 aufrechtzuerhalten war.

§ 141. RG. JW. 05 639: Bei Bestätigung eines zweiseitigen Vertrags muß aus den beiderseitigen Erklärungen eine vollkommene Willensübereinstimmung über die beiderseitigen Rechte und Pflichten erhellen, es müssen alle Erfordernisse des Vertrags selbst erfüllt, also insbesondere die Willensübereinstimmung der Kontrahenten zum Ausdrucke gebracht sein.

§ 142. 1. *Oettinger, Unwirksamkeit: Die gesamten bisher erschienenen Darstellungen begnügen sich im wesentlichen mit einer mehr oder weniger rein kasuistischen Darstellung der Erscheinungsformen der Unwirksamkeit. Insbesondere wird das Wesen der vom Verfasser „eigentliche Unwirksamkeit" genannten Unwirksamkeit im engeren Sinne zwar richtig als Gültigkeit ohne Geschäftswirkung definiert, die Begriffserklärung aber damit abgetan, daß man von einem „Mangel eines Wirksamkeitserfordernisses" (negative Konstruktion) spricht. Demgegenüber wird nachgewiesen, daß der Unwirksamkeitsgrund nicht ein innerhalb des Rechtsgeschäfts liegender Mangel, sondern ein stets von außen in dasselbe hineingreifendes Wirksamkeitshindernis (positive Konstruktion) ist. Diese theoretische Unterscheidung ist von den weitgehendsten praktischen Folgen begleitet (z. B. Beweislast verschieden bei Nichtigkeit und eigentlicher Unwirksamkeit (16). Dem-

entsprechend wird die eigentliche Unwirksamkeit nicht — wie sonst — nach ihrem äußeren Gewand in vollkommene, schwebende, teilweise, relative Unwirksamkeit geschieden, sondern die Erscheinungsformen werden begrifflich und in Gruppen gesondert nach ihren inneren Ursachen dargestellt. Man unterscheidet: a) Eingreifen der Rechtsordnung, b) der Parteien, c) Eingriffe Dritter, und d) Zustände als Wirksamkeitshindernisse. Diese Ursachen sind gruppenbildend und bestimmen den Grad der Unwirksamkeit im einzelnen. Es wird zuletzt eine Anpassung der Terminologie des BGB. an dessen Begriffsbildung gefordert. Die heutige Unklarheit des Ausdrucks verschuldet die vielfache Unklarheit der Anschauungen.

2. OLG. Breslau, BreslauAK. **05** 20: Nicht die Erklärung der Anfechtung, sondern nur deren Erfolg hat die weitgreifende Wirkung des § 142. Ob ein Rechtsgeschäft anfechtbar ist, kann sich aber — wenn der Rechtsgrund der Anfechtung nicht etwa vom Gegner zugestanden wird — nur auf Grund einer rechtskräftigen Entscheidung ergeben. Bis dahin tritt eine Abänderung der durch das angefochtene Rechtsgeschäft geschaffenen Wirkung nicht ein. ⇛ Diese Entscheidung erscheint bedenklich. Red. ⇚

§ 143. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 165: Die Anfechtung des § 143 kann auch vom Prozeßbevollmächtigten erklärt werden; diese Befugnis endet aber mit dem Abschluß eines Vergleichs über den Prozeß.

§ 144. RG. R. **05** 77: Die Bestätigung setzt nichts als eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung voraus, aus der zu entnehmen ist, daß das Geschäft trotz seines Mangels gewollt ist.

Dritter Titel. Vertrag.

§§ 145 ff. *J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 377 ff.: Darüber, ob ein Vertrag besteht, entscheiden für das Strafrecht die Grundsätze des BGB. So ist auch die dem BGB. geläufige Gedankenoperation der Rückwirkung auf das Strafrecht zu übertragen.

§ 145. Über Bestellung auf Grund einer Preismitteilung und die Frage des Zustandekommens des Vertrags handelt OLG. Bromberg, SeuffA. **60** 3 ff.

§ 147. 1. RG. JW. **05** 488: Berücksichtigung der Verkehrssitte bei der Prüfung der Rechtzeitigkeit. Widerruf durch Fernsprecher.

2. Abs. 2. RG. **59** 296 ff., JW. **05** 111: Bei „regelmäßigen Umständen" im Sinne des Abs. 2 ist anzunehmen, daß der Empfänger in seiner dauernden Wohnung angetroffen wird oder daß doch in der Wohnung eine Person anwesend ist, an die die Sendung nach § 39 der Postordnung bestellt werden kann. Eine, wenn auch nur vorübergehende, Veränderung des Aufenthaltsorts des Empfängers liegt außerhalb der Grenze der regelmäßigen Umstände, der Antragende braucht damit nicht zu rechnen (300).

3. RG. 17. 10. 05, R. **05** 616: Die telegraphische Annahme einer durch ein Telegramm gemachten Offerte kann nicht bloß in den Fällen erforderlich sein, in denen der Anbietende telegraphische Antwort ausdrücklich erbeten hatte, sondern auch dann, wenn dieselbe nach dem Geschäftsgebrauche der Parteien in ihrem kaufmännischen Verkehr und mit Rücksicht auf die besondere Sachlage erwartet werden durfte.

§ 149. „Mußte der Antragende dies erkennen" ist inkorrekte Ausdrucksweise für „konnte er dies erkennen und erkannte er es". Näheres *Weyl, Verschuldensbegriffe 174/175.

§ 150. Abs. 1. *Rübenberg, Notwegrecht § 10 II 100—103: Alle inhaltlich mißratenen einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen, z. B. unberechtigte Kündigungen, sind, sofern der durch sie herbeizuführende wirtschaft-

liche Erfolg auch durch Vertrag bewirkt werden kann, dem § 150 Abs. 1 BGB. analog als Vertragsanträge zu behandeln.

§ 151. 1. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 106: Bei der Frage, ob Schweigen auf einen Vertragsantrag im einzelnen Falle den Abschluß herbeiführen kann, ist zweierlei voneinander getrennt zu halten. Einmal muß der Wille des Angegangenen bestehen, ein angetragenes Geschäft abzuschließen, und weiter muß dieser Wille betätigt werden.

2. Satz 2. Meyer, Das ärztliche Vertragsverhältnis 11 ff. führt aus, daß die Vorschrift des § 151 Satz 2 nur selten auf das Verhältnis des Kranken, der dem Arzte einen Vertragsantrag macht, Anwendung finden könne. Unter Zuhilfenahme des § 157 komme man zu dem Ergebnisse, daß der Kranke seinen Antrag an den Arzt unter dem Vorbehalte stelle, daß er ihn bis zu dem Augenblicke widerrufen könne, in welchem der Arzt Dienste zu leisten beginnt.

3. RG. 22. 2. 05, **60** 178: Im Zweifel gilt der Vertrag als nicht geschlossen. Ist jedoch nach den Umständen des konkreten Falles anzunehmen, daß die Parteien den Vertrag auch ohne die vorbehaltene Vereinbarung über einen einzelnen Punkt als geschlossen haben ansehen wollen, so ist die dann verbleibende Lücke des Vertrags den gesetzlichen Bestimmungen gemäß auszufüllen.

§ 153. Kuhlenbeck, Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse (§ 153), DJZ. **05** 1142—1146.

Kuhlenbeck 1143: Ein „anderer Wille des Antragenden" dürfte nicht nur dann anzunehmen sein, wenn er, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend erklärt ist. Es entspricht der vom BGB. befolgten gewöhnlichen Redeweise unter „Wille" auch eine rein hypothetische, eventuelle, aber nach den Umständen des Falles konkludente, in Wahrheit latente, unbewußte Konstellation der Vorstellungen zu begreifen, etwa nach Analogie der im § 119 deutlicher gesetzten Annahme, daß der Kontrahent bei verständiger Würdigung des Falles und Kenntnis der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde. Man muß in allen Fällen, in denen jemand Waren zum persönlichen Gebrauche, insbesondere Kleidungsstücke, bestellt, annehmen, daß der Antragende für den Fall seines Todes das Zustandekommen des Vertrages ausschließen würde.

§ 154. 1. OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 160: Abs. 2 kommt in Fällen, in denen es sich nur noch um die nachträgliche schriftliche Festlegung einer schon bindend abgeschlossenen Abmachung handelt, nicht zur Anwendung.

2. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 225: Die schriftliche Bestätigung eines mündlich nur bedingt abgeschlossenen Vertrags unter Weglassung der Bedingung bewirkt nicht, daß nunmehr der Vertrag als unbedingt abgeschlossen gilt.

§ 157 (vgl. auch u. § 242). I. 1. *Bovensiepen, Minderkaufmann und sein Recht 14: Treu und Glauben bedeutet nur eine formale, allgemein gültige Methode, die den Richter darauf hinweist, wie er jeweils das sachlich Richtige erkennen und danach richten möge. Es ist der Ausdruck und Verkörperung der jedem Rechte notwendig innewohnenden Idee, zu sein ein Zwangsversuch zum Richtigen und scheidet sich durch das Prädikat als formale Methode scharf von dem zugrunde liegenden empirischen Stoffe.

2. *Böckel, Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten, ACivPrax. **96** 414 ff.: Treu und Glauben stellen die vertrauenswürdige und vertrauensvolle Zuverlässigkeit dar. Der Begriff setzt ein Objekt für die Zuverlässigkeit als bereits vorhanden voraus: im § 157 BGB. den Vertrag, der ausgelegt werden soll, im § 242 BGB. das Schuldverhältnis, das erfüllt werden soll. Über den Begriff der Auslegung a. a. O. 418 ff. Über das Verhältnis des § 157 zu § 242 s. a. a. O. 416 ff.

3. Danz, R. **05** 89 ff.: § 157 kommt als dispositiver Rechtssatz dann nicht zur Anwendung, wenn die Parteien vereinbart haben, daß die von ihnen gebrauchten Worte einen bestimmten Sinn, eine bestimmte Bedeutung haben sollen. In solchem Falle sind die vorliegenden Worte in dieser, von den Parteien vereinbarten Bedeutung zu nehmen.

4. *Hölder, Theorie der Willenserklärung 114 ff.: Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte geht a) nie dem Gesetze vor, hat aber Bedeutung für seine Auslegung wie für die Auslegung einer privaten Erklärung und hat b) Bedeutung nicht nur für den Inhalt, der einer solchen als einem Rechtsakte zukommt, sondern auch dafür, ob sie ein Rechtsakt ist.

5. *Weyl, Verschuldensbegriffe 345: Der Begriff „Treu und Glauben" ist lediglich objektiv zu verstehen.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** JW. **05** 168, PucheltsZ. **05** 523: Unter Berücksichtigung des § 157 ist in jedem Einzelfalle zu prüfen, ob bei einem abgeschlossenen Vertrage nach Ansicht der Parteien der Rücktritt nicht wegen veränderter Umstände der einen oder anderen Partei zustehen soll. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2b zu § 321 (vgl. o. § 133 Ziff. II a).

2. **a)** **RG. 60** 56 ff., DJZ. **05** 410, ElsLothZ. **05** 337 ff.: Die Versicherungsnehmer sind berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der ausländische Versicherer sein Vermögen im Wege der Fusion auf eine andere ausländische Versicherungsgesellschaft überträgt, auch wenn diese die Erfüllung der Versicherungsverträge übernimmt, denn es würde wider die den Versicherungsvertrag im weitesten Umfange beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben verstoßen, wenn man den Versicherten an einem Vertrage festhalten wollte, den er mit der Gesellschaft in ihrer gegenwärtigen Lage niemals abgeschlossen haben würde (59). **b)** BayObLG., R. **05** 193: Bei Verträgen, namentlich bei Versicherungsverträgen, die ganz besonders durch den Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht werden, sind Bestimmungen der Urkunde, aus deren zu Zweifeln Anlaß gebendem Wortlaute der Urheber der Vertragsurkunde Rechte für sich abzuleiten sucht, im Zweifel gegen ihn auszulegen, weil er sich deutlicher hätte ausdrücken können. Wenn über den Umfang und die Tragweite einer verpflichtenden Bestimmung Zweifel bestehen, ist zugunsten des Verpflichteten anzunehmen, daß die Bestimmung nur die beschränktere Verpflichtung enthält.

3. **RG.** JW. **05** 425: Beachtlich ist für die Auslegung des Vertrags die angebliche Verkehrssitte des Baugewerbes, nach der Vertragsstrafen für andere Vertragsverletzungen, als für Verzögerung der Arbeiten nicht ausbedungen zu werden pflegen.

4. OLG. Colmar, R. **05** 499: Die Übertragung des Rechtes an einen Kaufmann, allein an einem gewissen Orte eine durch Patent geschützte Ware zu verkaufen, verpflichtet den Übertragenden, nicht bloß keinem anderen Einwohner desselben Ortes den dortigen Verkauf derselben Ware zu gestatten, sondern auch den nachträglich für andere Orte bestellten Alleinverkäufern den Verkauf der Ware an ersterem Orte zu untersagen.

5. OLG. Colmar, R. **05** 431: Durch einen die Übertragung der Kundschaft eines Geschäfts umfassenden Verkauf desselben wird der Verkäufer, auch ohne daß er sich ausdrücklich einem Konkurrenzverbot unterworfen hat, dazu verpflichtet, sich eines solchen Geschäftsbetriebs zu enthalten, durch welchen Kunden von dem nunmehrigen Geschäfte des Käufers hinweg auf das neue vom Verkäufer eröffnete abgelenkt werden können.

§ 158. 1. Beweislast bei Befristungen (vgl. JDR. **1** Ziff. 4c, **2** Ziff. 3 zu § 158, **3** Ziff. 2b zu § 158 ff.). *Stölzel, BuschsZ. **35** 1 ff.: Die Beweislast bei aufschiebenden Befristungen trifft, wie das **RG.** GruchotsBeitr.

29 730 ff. auch anerkannt und im Jahre 1902 als der neueren Richtung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung gemäß erklärt hat (JW. **03** 47), den Kläger dahin, daß beim Vertragsschlusse eine Befristung nicht verabredet sei; desgl. beim Streite, ob gesetzlich eingeführte (Darlehns- oder Mietkündigungs-) Fristen durch Abrede beim Vertragsschlusse verlängert sind. Ebenso Endemann, BuschsZ. **35** 59 und Eccius das. 56 vgl. mit GruchotsBeitr. **45** 270, 275.

2. Strohal, Grenzen der Urteilskraft 147 ff.: Man kann nicht aus der Entscheidung des Abs. 1 zugleich auch eine gesetzliche Festlegung des Zeitpunkts erblicken, mit welchem sich die Rechtsnachfolge des bedingt Berechtigten vollzieht, denn Abs. 1 will in bezug hierauf nicht mehr sagen, als daß ein unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenes Verfügungsgeschäft mit Notwendigkeit eine auf den Zeitpunkt der Erfüllung der Bedingung gestellte Befristung in sich enthält (142 ff. näheres). Die auf Grund betagter oder bedingter Verfügung eintretende Rechtsnachfolge vollzieht sich vielmehr grundsätzlich schon mit der Perfektion des Verfügungsgeschäfts und keinesfalls erst mit dem Eintritte des Termins, der Erfüllung der Bedingung (159).

3. OLG. Bamberg, BayRpflZ. **05** 226: Die stillschweigende Bedingung umfaßt solche Existenzbedingungen eines Geschäfts, welche, wenn auch nicht ausdrücklich erklärt, doch auf dem durch konkludentes Verhalten zum Ausdrucke gebrachten Parteiwillen beruhen. Es sind auch reine potestative Bedingungen nach dem BGB. zulässig.

Vierter Titel. Bedingung. Zeitbestimmung.

Literatur: Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung, in drei Beiträgen zum bürgerlichen Rechte. Leipzig 1905.

§ 161. **RG. 59** 92: § 161 setzt den Eintritt der Bedingung und damit die Möglichkeit des Eintritts voraus.

§ 162. 1. *Weyl, Verschuldensbegriffe 425: Damit, daß ein Rechtsnachteil für den treuwidrig Handelnden eintritt, ist noch nicht gesagt, daß die treuwidrige Handlung zugleich eine subjektive Treuwidrigkeit enthält. Der Ausdruck ist vielmehr lediglich im objektiven Sinne zu deuten. Hellmann, Vorträge 178 dagegen meint, der Ausdruck deute auf Absicht hin.

2. *Jörges, Fernsprechverkehr 78 ff. nimmt bei schuldhafter Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung nur Schadensersatzpflicht, nicht direkt analoge Anwendlichkeit des § 162 BGB. an. Vgl. dagegen **RG.** JDR. **3** Ziff. 2.

Fünfter Titel. Vertretung. Vollmacht.

Literatur: Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.

§§ 164 ff. 1. *Müller-Erzbach geht von der Unhaltbarkeit des gegenwärtigen Rechtszustandes aus, das den Vertretenen (Interessenten) gar nicht beachte. Infolgedessen sei dieser namentlich folgender Rechte beraubt: er könne nicht wegen Irrtums anfechten, nicht sich auf sein Unvermögen zur Leistung berufen, ja nicht einmal Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen, falls der Drittkontrahent nicht oder nicht gehörig erfülle. Andererseits versage das geltende Recht auch, wenn der Vertretene die Erfüllung vereitele, wenn er den Drittkontrahenten betrüge 2c. Weitere Konfliktsfälle rufe ein etwaiger Konkurs über das Vermögen des mittelbaren Stellvertreters hervor, wenn die Konkursmasse die ganze Forderung von dem Dritten bzw. von dem Interessenten einziehe, diese aber nur eine Konkursdividende erhalten, so daß auf ihre Kosten die Masse ohne inneren Grund bereichert werde. Alle diese Schwierigkeiten und Unbilligkeiten werden nach M.-E. beseitigt und es wird ein den Interessen der Beteiligten entsprechendes Recht geschaffen, wenn das geltende Recht dahin abgeändert wird,

daß der Dritte und der Interessent unmittelbar gegeneinander berechtigt und verpflichtet werden. Der Hauptunterschied zwischen mittelbarer und unmittelbarer Stellvertretung würde dann darin liegen, daß der mittelbare Stellvertreter akzessorisch neben dem Interessenten dem Dritten haften müßte und daß er ohne weiteres ermächtigt wäre, alle Leistungen und Erklärungen für den Interessenten zu empfangen. M.-E. weist darauf hin, daß sich dieser der Interessenlage entsprechende Rechtszustand mehr oder minder vollkommen im römischen Rechte, im modernen englischen Rechte der Stellvertretung und sogar in dem deutschen Stellvertretungsrechte der Seeversicherung finde. M.-E. erblickt eine weitere Bestätigung seiner Ergebnisse darin, daß auch im übrigen das in Deutschland geltende Recht mittelbarer Stellvertretung eine Tendenz zu unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung des Interessenten zeige. So werde bei einer Schadensklage gegen den Drittkontrahenten das Interesse des Vertretenen zugrunde gelegt. Nach § 392 Abs. 2 HGB. seien Forderungen im Verhältnisse zwischen Kommissionär und Kommittent als Forderungen des Kommittenten anzusehen, ja nach einer konsequenten Entscheidung des OAppG. München (SeuffA. 25 Nr. 270) sei der Kommissionär nur Empfangsbevollmächtigter des Kommittenten und könne diesem nicht die unmittelbare Einziehung der Forderung verbieten. Beim versteckten Inkassogiro eines Wechsels seien alle Einwendungen aus der Person des wahren Interessenten (Indossenten) zulässig. Der für fremde Rechnung handelnde Mandatar sei eben um deswillen nur ein Wahrnehmer fremder Rechte (vgl. die Kritiken über Müller-Erzbach in DJZ. **05** 924 und **06** 164 ff.). →→ Weitere Belege gibt der trotz des Wortlauts von § 950 BGB. neuestens in Theorie und Praxis anerkannte unmittelbare Eigentumserwerb desjenigen, für dessen Rechnung spezifiziert wird, obwohl nicht in seinem Namen gehandelt wird, was bei der Spezifikation nicht denkbar ist. Endlich gehört hierher die unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder sonstigen Korporation durch die im eigenen Namen handelnden Gründer. ←←

2. *Dniestrzanski, Aufträge zugunsten Dritter: Die Loslösung der Vollmacht von dem Grundgeschäft („Auftrag") ist unmöglich. Wo bei einem Dienst- oder Gesellschaftsverhältnis u. dergl. eine Stellvertretungsbefugnis vorhanden ist, stützt sie sich stets auf einen wirklich vorhandenen oder gesetzlich präsumierten Mandatsvertrag, der mit dem vorliegenden Dienst- oder Gesellschaftsvertrag u. dergl. eine juristische Einheit bildet (87 ff.). Das sind zusammengesetzte Rechtsgeschäfte; zusammengesetzt in den wesentlichen Merkmalen des Rechtsgeschäfts, das mehrere wirtschaftliche causae zugleich vereinigt (330 ff.). Die Theorie des einseitigen Aktes bei der Vollmacht, insbesondere die Auffassung Lenels, ist unrichtig (94 ff.); auch die Theorie über die abstrakte Natur der Vollmacht (Enneccerus, Hupka) ist hinfällig (106 ff.).

3. **RG. 61** 207 ff., DJZ. **05** 862, JW. **05** 527: Eine Schadenshaftung des vertretenen Verkäufers für arglistige, bei Gelegenheit des Kaufvertrags geübte Handlungen seines Stellvertreters kann nicht auf die §§ 164 ff. und § 278 gestützt werden. Der Vertretene haftet nur für Willenserklärungen des Vertreters, worunter Angaben bei Gelegenheit eines Vertrags nicht fallen. Nur Anfechtbarkeit ist bei Arglist des Vertreters gegeben.

4. Bekker, JheringsJ. **49** 1 ff., erörtert an der Hand von praktischen Beispielen die Begriffe Vollmacht, Vertretungsmacht und Botenschaft. Vollmacht wird 24 ff. definiert als die Befugnis, über Stücke eines fremden Vermögens zu verfügen, speziell charakterisiert dadurch, daß diese begründet ist durch Rechtsgeschäft und auszuüben normalerweise durch Geschäfte auf fremden Namen. Bekker führt 34 aus: Was in dem BGB. unter Vertretungsmacht und Vollmacht verordnet ist, das gilt nur für die mit Verfügungsgewalt kombinierte Macht.

§ 164. 1. Josef, R. **05** 497 ff.: Wenn einem Vertreter (mag dieser zum Vertretenen in einem Dienstverhältnisse stehen oder nicht) die Ermächtigung zum Einkaufe gegen bar erteilt ist, er aber den ihm vom Vertretenen gegebenen Geldbetrag unterschlägt und auf Borg kauft, so ist diese Kreditnahme durch die erteilte Einkaufsvollmacht nicht gedeckt, also für den Vertretenen unverbindlich.

2. **RMG. 7** 64: Wird eine Sache einem Beauftragten, und zwar als Stellvertreter seines Auftraggebers zwecks unmittelbarer Eigentumsübertragung an den letzteren, übergeben, so erlangt der Beauftragte an der Sache kein Eigentum.

3. **RG.** PosMschr. **05** 94: Der Agent einer Versicherungsgesellschaft ist nicht Vertreter der Gesellschaft in der rechtlichen Bedeutung dieses Wortes.

4. **RG.** 14. 6. 04, **58** 273 ff.: Der sog. mittelbare Vertreter wird durch die Geschäfte, die er mit Dritten abschließt lediglich selbst berechtigt und verpflichtet; seine obligatorischen Verpflichtungen und Rechte gegenüber demjenigen, in dessen Interesse er handelt, bestimmen sich nach dem zwischen ihm und diesem bestehenden Rechtsverhältnisse, während der letztere zu dem Gegenkontrahenten in keine rechtliche Beziehung tritt.

5. Abs. 2. **a**) SächsOLG. **26** 508 ff.: Abs. 2 hat auch die Bedeutung, daß der Vertretene selbst dem Dritten gegenüber nicht geltend machen kann, der das Geschäft Abschließende habe den Willen gehabt, für ihn zu handeln (510) (Dernburg, BGB. I 490, s. JDR. **1** Ziff. 7). **b**) OLG. Dresden, SächsA. **15** 87 behandelt einen durch einen Mäkler zustande gekommenen Kauf, bei dem der Wille, nur als Stellvertreter zu handeln, nicht genügend erklärt worden ist.

§ 166. BayObLG., SeuffBl. **05** 126: Der Stellvertreter hat nicht die Pflicht, die Richtigkeit der ihm von dem Vertretenen zur Benutzung bei der Vertragsschließung gemachten Angabe so zu prüfen, wie wenn er selbst die Richtigkeit der Angabe zusichern wollte.

§ 167. Die Erteilung der Vollmacht hat die selbständige Rechtswirkung der in der Person des Bevollmächtigten geschaffenen Vertretungsmacht. Diese Wirkung muß gewollt sein. Daher ist die Vollmachtserteilung ein Rechtsgeschäft. Vgl. *Manigk, JheringsJ. **49** 468 ff. auch zum Begriffe der Rechtswirkung überhaupt.

§ 168. 1. OLG. **10** 436 (Colmar), ElsLothZ. **05** 309, ElsLothNotZ. **05** 103: Eine Vermutung für das Fortbestehen der Vollmacht im Falle des Todes des Vollmachtgebers besteht nicht; es ist vielmehr in jedem einzelnen Falle nach Maßgabe des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und unter Berücksichtigung der besonderen Gestaltung desselben festzustellen, ob die Vollmacht noch besteht.

2. **RG.** R. **05** 499: Wird eine Inkassovollmacht vor erfolgter Zahlung widerrufen, so kann der Bevollmächtigte nur dann auf Grund des Zahlungsversprechens des Schuldners Zahlung verlangen, wenn nach Lage des Falles anzunehmen ist, daß letzterer durch sein Zahlungsversprechen sich zum eigenen Schuldner des Bevollmächtigten machen wollte.

§ 169. **RG. 61** 126, DJZ. **05** 862: Nur wenn ein Auftrag und deshalb zugleich eine auf ihm beruhende Vollmacht in anderer Weise als durch Widerruf erlischt, gelten Auftrag und Vollmacht als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt. Handelt es sich dagegen um Erlöschen von Auftrag und Vollmacht durch Widerruf des Auftrags und wird die Erklärung des Widerrufs in Abwesenheit des Beauftragten abgegeben, so wird der Widerruf in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem die Erklärung dem Beauftragten zugeht.

§ 172. 1. **RG.** R. **05** 617: Wenn jemand mit dem Vertreter eines anderen einen Vertrag abschließt, so steht ihm nur die Kenntnis solcher nicht in

die Legitimationsurkunde aufgenommenen Beschränkungen entgegen, welche nach außen zu wirken bestimmt sind.

2. OLG. **10** 435 (Colmar): Unter Vollmachtsurkunde im Sinne des § 172 ist bei einer Vollmacht, deren Urschrift in notarieller Verwahrung geblieben ist, eine Vollmachtsausfertigung zu verstehen (436).

§ 177. 1. **RG.** JW. **05** 527, SchlHolstA. **05** 323: Die nachträgliche Zustimmung eines Vorstandsmitglieds einer Genossenschaft m. u. H. ist als ein Internum des Vorstandes dem Dritten gegenüber von keiner Bedeutung, wenn sie nur den anderen Vorstandsmitgliedern, nicht auch dem Dritten erklärt worden ist. Dagegen ist Rehbein, BGB. I 286 der Ansicht, es stehe nichts entgegen, die Genehmigung eines Mitbevollmächtigten als Genehmigung des Vertreters und so unter Anwendung des § 182 gelten zu lassen, wie die des Vertreters.

2. BayObLG., R. **05** 528: Wirksamwerden eines von einem nicht bevollmächtigten Mitgliede eines Vereins angenommenen Vertragsantrags durch Genehmigung der Annahmeerklärung seitens des Vereins.

3. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 152: Derjenige, für welchen ein anderer ohne Vollmacht eine verpflichtende Erklärung abgegeben hat, ist verpflichtet, diese Erklärung unverzüglich, nachdem er von derselben Kenntnis erhalten hat, zu widerrufen, widrigenfalls er an diese Erklärung gebunden ist. Es ist aber von Erheblichkeit, wenn der diese Erklärung Empfangende weiß, daß die Erklärung ohne Vollmacht abgegeben war.

§ 179. **a**) *Titze, GerS. **66** 182 (gegen H. A. Fischer, Der Schaden 127 ff.): Verlangt der Dritte vom falsus procurator Schadensersatz, so ist dieser in Geld zu leisten. Naturalherstellung ist hier ausgeschlossen. **b**) *Titze, GerS. **66** 182: Verlangt der Dritte vom falsus procurator Schadensersatz, so ist die Höhe der zu zahlenden Geldsumme unter Zugrundelegung der Verhältnisse des Vertretenen zu berechnen. **c**) *Titze, GerS. **66** 182 ff. (gegen H. A. Fischer, Der Schaden 127): Verlangt der Dritte vom falsus procurator Erfüllung, so müssen rein faktische Gründe, die den Anspruch gegen den Vertretenen illusorisch gemacht hätten (wie Unvermögen zur Leistung, Zahlungsunfähigkeit ꝛc.), bei der Beurteilung des gegen den Vertreter gerichteten Erfüllungsanspruchs außer Betracht bleiben.

§ 180. Über Satz 3 vgl. Hellwig, o. Ziff. I 4 zu § 130.

§ 181. 1. **a**) **RG.** 28. 6. 05, **61** 139 ff., JW. **05** 489 ff., RJA. **6** 140: § 181 findet auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung. Denn er ist nicht Vertreter der Erben, sondern übt seine Befugnisse zu eigenem Rechte aus (so **RG. 56** 330, KG., RJA. **3** 101 ff.). Wenn er die Auseinandersetzung der Erben nach §§ 2204, 2042—2056 bewirkt, schließt er überhaupt kein Rechtsgeschäft mit anderen ab, sondern er vollstreckt den Willen des Erblassers. Wird in Ausführung der Auseinandersetzung eine Auflassung vorgenommen, so handelt der Testamentsvollstrecker auch hierbei nicht als Vertreter, sondern kraft eigenen Rechtes, und er verhandelt mit den Erben, kann also auch schon deshalb nicht deren Vertreter sein. Es fehlt somit an den Voraussetzungen des § 181 und es steht nichts im Wege, daß er einen anderen als Vertreter bestellt mit der Befugnis, in seinem — des Testamentsvollstreckers — Namen mit sich als Bevollmächtigtem der Erben den Auflassungsvertrag zu schließen (491). Vgl. auch **RG. 58** 300. **b**) Marcus, Holdheims MSchr. **05** 282 f.: Die durch § 181 geregelte Beschränkung des Selbstkontrahierens eines Vertreters findet auf den Testamentsvollstrecker nicht Anwendung.

2. KG., DJZ. **05** 1124, RheinNotZ. **05** 185, KGJ. **30** A 158 ff., OLG. **12** 23 ff. (KG.): Ist der Substitutionsbevollmächtigte unmittelbarer Vertreter des ursprünglichen Vollmachtgebers, dann steht § 181 der Vornahme eines Rechts-

geschäfts zwischen ihm und dem Bevollmächtigten nicht entgegen. Vgl. JDR. 3 Ziff. 2.

3. OLG. 10 395 (KG.): Der Geschäftsführer kann in eigenem Namen mit der Gesellschaft, vertreten durch seine Stellvertreter, kontrahieren.

4. LG. Mülhausen, ElsLothNotZ. 05 250: Die Löschungsbewilligung des Bevollmächtigten fällt nicht unter § 181.

5. OLG. Dresden, SächsOLG. 26 475: Der Pächter eines Erwerbsgeschäfts ist unfähig, den Eigentümer (Verpächter), der wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, in bezug auf dieses Pachtverhältnis als Vormund zu vertreten.

6. Die Entscheidung des BayObLG., KGJ. 29 A 252, findet sich bereits JDR. 3 Ziff. 1a.

7. Über Unterschiede der obligatorischen und dinglichen Wirkungen bei Aufwendungen eines Beauftragten, je nachdem die Gestattung des § 181 vorliegt oder nicht, s. *Baring u. Ziff. 1 zu § 670.

Sechster Titel. Einwilligung. Genehmigung.

§ 182. Wie BayObLG., JDR. 3 Ziff. 2, auch LG. Darmstadt, HessRspr. 6 116. Die Entscheidung d. BayObLG. v. 4. 11. 04 findet sich jetzt auch Bay. ObLG. 5 547, RJA. 5 25, OLG. 10 70.

§ 184. Abs. 2. OLG. Königsberg, SeuffA. 60 2: Aus der nach seiner Entstehungsgeschichte erkennbaren Absicht des Gesetzgebers folgt, daß es dem Genehmigenden verwehrt sein sollte, die im Wege des Rechtszwanges gegen ihn getroffenen Verfügungen durch Berufung auf die rückwirkende Kraft der Genehmigung selbst wieder zu vereiteln.

§ 185. 1. RG. 60 70, JW. 05 168: Die Bestimmung des § 185 findet auf den Erwerb eines Pfändungspfandrechts keine Anwendung. Dennoch muß die Annahme als geboten erscheinen, daß ein Pfändungspfandrecht, welches sich auf eine bei Vornahme der Pfändung dem Schuldner nicht gehörige Sache bezieht, für den Fall, daß dieses Hindernis, während die Pfändung noch besteht, wegfällt, mit dem Zeitpunkte dieses Wegfallens wirksam wird.

2. Abs. 2 Satz 2. *M. Wolff, Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache 6: Ist eine Sache mehrfach gepfändet (oder verpfändet) worden, die dem Schuldner (oder Verpfänder) nicht gehörte, und tritt später zwischen diesem und dem Eigentümer Konfusion ein, so wird der Rang der hiermit wirksam gewordenen Pfandrechte durch den Zeitpunkt der Pfändungen bestimmt.

Vierter Abschnitt. Fristen. Termine.

§ 187. *Schröder, AcivPrax. 97 367: Die Berechnung des Lebensalters ist sowohl für das Strafrecht als auch für die übrigen Rechtssysteme aus § 187 BGB. zu entnehmen, da sie den Niederschlag der Überzeugung der Gesamtheit enthält.

§ 193. OLG. Dresden, SächsA. 15 83: § 193 ist nur eine Auslegungsregel.

Fünfter Abschnitt. Verjährung.

Vorbemerkung: Die Begriffe der Verjährung und Befristung sind im Berichtsjahre zum Gegenstande von Untersuchungen seitens mehrerer Autoren gemacht worden. Wenn es sich z. T. wohl auch um Erstlingsschriften handelt, so enthalten sie doch manches Bemerkenswerte. Zum Einredebegriffe war ein Bericht der bereits vor etwas längerer Zeit erschienenen Arbeit von Friedenthal nachzutragen nebst dem höchst beachtenswerten Aufsatze von Sahm. Die Praxis hatte sich in Entscheidungen zu § 196 besonders mit dem Begriffe des „Handwerkers“ und dem „Gewerbebetriebe“ zu befassen.

Literatur: Friedenthal, Einwendung und Einrede in der ZPO. und dem BGB. Jena 1898. — Graeffner, Die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede. Berlin 1905.

— Rutz, Die gesetzliche Befristung. München 1905. — Sahm, Die außergerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede, JheringsJ. **49** 59—92. — Schäfer, Rechtswirksamkeit der Stundung als Verjährungshemmungsmittel, GRschutz **05** 50 53. — Weiß, Verjährung und gesetzliche Befristung nach dem BGB. Preisschrift der Univers. München 1905.

§ 194. 1. Weiß a. a. O.: Die Verjährung gewährt dem Verpflichteten ein Leistungsverweigerungsrecht infolge des eine bestimmte Zeit hindurch andauernden Mangels jener Tatsachen, von deren Eintritt der Gesetzgeber das vom Zeitablauf unberührte Bestehen der Leistungspflicht abhängig macht (27). Die Temporalität eines Rechtes dagegen bedeutet, daß der Gesetzgeber demselben unbekümmert um das, was der Berechtigte tun wird, einen Endtermin setzt; die Existenz des Rechtes ist von Anfang an nur auf eine von vornherein bestimmte Frist berechnet. a) Die Verjährung des BGB. beruht auf der Windscheidschen Anspruchstheorie, indem nur Rechte verjähren können, welche „Ansprüche" im Sinne des § 194 BGB. sind, womit jedoch nicht gesagt ist, daß alle Ansprüche auch wirklich verjähren müssen. Bei allen anderen Rechten, welche keine „Ansprüche" sind, haben wir entweder actio perpetua, oder dieselben sind gesetzlich befristet. b) Die Verjährungsfrist beginnt nicht erst mit der Fälligkeit, sondern schon mit dem Augenblick, in welchem der Gläubiger von dem Schuldner die diesem obliegende Leistung verlangen kann, also mit der „Entstehung" des Anspruchs; ausnahmsweise finden wir auch eine gesetzliche Vordatierung wie Hinausschiebung des Verjährungsbeginns. Bei suspensiv bedingten Rechten beginnt die Verjährung erst mit dem Eintritte der Bedingung, was aus dem Begriffe des „Anspruchs" gefolgert wird. Die Frist bei befristeten Rechten beginnt regelmäßig schon mit der Entstehung des Rechtes, nur ausnahmsweise erst mit der Erlangung der Kenntnis des Rechtes oder ähnlichen subjektiven Momenten. c) Die Verjährungsfrist ist hemmbar; dagegen nicht die gesetzliche Ausschlußfrist; nur kraft besonderer Vorschrift finden einige Hemmungsgründe auch auf einzelne Ausschlußfristen Anwendung. Auch vertragsmäßige Fristen sind unter gewissen Voraussetzungen hemmbar. d) Die Verjährung kann unterbrochen werden. Bei der Befristung ist eine Unterbrechung im Sinne von § 217 unmöglich; es gibt bei derselben nur Wahrung der Frist. e) Der Ablauf der Verjährungsfrist läßt nicht nur eine bloße obligatio naturalis, sondern den Anspruch selbst ganz und gar bestehen, dem nur eine peremtorische Einrede entgegengesetzt werden kann; es wird nicht das Schuldverhältnis berührt, sondern nur die Haftung für dasselbe fällt weg, während mit dem Ablauf einer gesetzlichen Ausschlußfrist das Schuldverhältnis selbst zerstört wird. Die Verjährung ist nur dann vom Richter zu beachten, wenn sich der Schuldner auf dieselbe beruft, während der Ablauf einer gesetzlichen Ausschlußfrist vom Richter berücksichtigt werden muß, sobald derselbe irgendwie im Prozesse zutage tritt. f) Die Beweislast verteilt sich bei der Verjährung in der Weise, daß der Beklagte den Ablauf der Verjährungsfrist nachzuweisen hat, der Kläger mag dann replicando etwaige Hemmungen oder Unterbrechungen vorbringen. Bei Befristung hat dagegen der Kläger die Einhaltung der Frist darzutun, soweit nicht etwa das Gesetz ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes bestimmt. g) Betreffs der Zulässigkeit einer vorherigen Ausschließung der Frist läßt sich ein Unterschied zwischen Verjährung und Befristung dahin feststellen, daß auf erstere gemäß § 225 nicht von vornherein verzichtet werden kann, während dies bei der gesetzlichen Befristung in den Fällen möglich ist, wo es den Parteien gestattet ist, an Stelle der gesetzlichen Frist eine längere zu vereinbaren.

2. *Rutz, Gesetzliche Befristung: Die Fristbestimmungen (Befristungen) des BGB. zerfallen in drei Hauptgruppen: Fristen mit der Funktion: a) Rechtswirkungen (z. B. §§ 51, 1170, 1313, 1316, 2162, 2361 BGB.), insbesondere

Entstehung (z. B. §§ 247 Abs. 1, 721, 973, 1128, 1349), Änderung (z. B. §§ 551 Abs. 2, 584, 608), Untergang von Rechten (z. B. §§ 147 Abs. 1, 210, 382, 503, 801) zu erzeugen — rechtswirkende Befristung insbesondere aufschiebende, ändernde (letztere fälschlich Betagung genannt), auflösende oder präkludierende Rechtsbefristung; b) Messer von beschränkt verliehenen Rechtswirkungen zu sein (z. B. §§ 246, 288, 559, 563, 573, 617, 1119, 1655, 1708, 1969, 2338) — messende Befristung; c) tatsächlichen Ereignissen, wenn sie in die Fristen fallen, die Fähigkeit zu verleihen, rechtswirkende zu sein — qualifizierende Befristung, die, wenn das tatsächliche Ereignis die ganze Frist hindurch bestehen soll, Komplementbefristung (z. B. §§ 2, 3, 14 ff., 828, 927, 1324, 1569, 1786, 2229, 2252), sonst Inzidentbefristung (z. B. §§ 203 [6 Monate], 482, 529, 760 Abs. 4, 861 mit 862, 1029, 1591, 1592, 1600, 1952; RAO. §§ 30—32); vgl. ferner die einer Fristhemmung, -Verlängerung, -Unterbrechung, einer Befristungsaufhebung (z. B. § 861, Klagerhebung, § 801, Vorlegung) zugrundeliegenden Tatsachen. Zu den qualifizierend (komplementär) befristeten Tatsachen gehört das Ereignis des Verjährens, das seiner bisher verkannten Grundbedeutung nach (vgl. Heyne, Deutsches Wörterbuch III 1207), Altwerden, Bestehen bedeutet: nur das eine gewisse Frist durch währende Altern, Bestehen eines Rechtes oder event. seiner Voraussetzungen (vgl. §§ 199, 200) erzeugt eine Rechtswirkung, deren Normierung selbst für das Grundwesen der Verjährung unerheblich ist (vgl. §§ 222, dagegen 901, 1028 BGB.). Im Gegensatze zu den bisher aufgestellten Definitionen der Verjährung im Rechtssinne, welche sämtlich ihr Wesen nicht erschöpfend ausdrücken, ist sie als das mit einer Rechtswirkung ausgestattete Bestehen eines Rechtes oder einer Tatsache während einer Frist zu definieren. Gesetzliche Befristung ist die Bestimmung einer Frist mit einer der genannten Funktionen, nicht aber selbst ein Tatbestand, wie z. B. die Verjährung im Rechtssinne, speziell ist die auflösende Rechtsbefristung (Präklusion) die Normierung eines rechtsvernichtenden Tatbestandes, nicht aber selbst ein Tatbestand. Gesetzliche Befristung und Verjährung sind somit als inkommensurabel, ihre bisher in der Literatur übliche Zusammenstellung als mißbräuchlich, ihre Identifizierung (Hölder, Ansprüche und Einreden, ACivPrax. 93 97 ff.; Wendt, Unterlass. u. Versäumn. 152 ff., 163 ff.) auch noch um deswillen als verfehlt zu bezeichnen, da bei Präklusion eine leere Frist, bei Verjährung eine durch ein tatsächliches Ereignis ausgefüllte Frist als wirkend zu betrachten ist. Jede rechtswirkende und qualifizierende, nicht bloß die Verjährungsfrist verträgt ihrem Wesen nach Hemmung, Verlängerung, Unterbrechung, die nicht als der Verjährung als socher eigentümlich sind, sondern deshalb, weil die Tatsache des Verjährens Objekt einer (qualifizierenden) Befristung ist. Hemmung usw. greift im Einzelfall aber nur Platz, wenn sie durch ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes vorgesehen ist. BGB. § 193 darf in den Fällen der Verjährung nicht Platz greifen, da er sich nur auf solche qualifizierende Fristen bezieht, innerhalb deren eine Willenserklärung abzugeben, eine Leistung zu bewirken ist. Bei Verjährung ist dagegen weder das eine noch das andere, sondern das Altern eines Rechtes qualifizierend befristet. Anders freilich, wenn man, wie dies bisher verwerflicherweise geschah, bei Konstruktion der Verjährung mit den für ihr Grundwesen ganz unerheblichen Hemmungs- und Unterbrechungsgründen operiert. — Die gesetzliche Befristung kann, wie jede gesetzliche Bestimmung, aufgehoben werden (z. B. § 801, Vorlegung des Inhaberpapiers): diese Aufhebung darf nicht (wie dies Wendt 173 tut) mit der Fristunterbrechung identifiziert werden; bei dieser beginnt eine neue Frist bei jener nicht. Die Verschiedenheit der Arten der Befristung, sowie dieser und der Verjährung zeigt sich besonders deutlich auf dem Gebiete der Beweislast, insbesondere gilt es bei rechts-

wirkender Befristung lediglich den Ablauf einer leeren Frist, bei Verjährung hingegen den Ablauf der Verjährungsfrist und das Bestehen des Rechtes während derselben nachzuweisen, welch letzteres angenommen wird, wenn das Recht nachgewiesenermaßen zu Beginn der Frist bestand.

3. *Ruge, Das Wegnahmerecht 93: Das Recht, eine Einrichtung wegzunehmen, ist nicht ein Anspruch im Sinne des § 194 und verjährt deshalb nicht.

4. *Kähler, Entschädigung für Straf- und Untersuchungshaft 81: Beim Entschädigungsanspruche für Strafe ꝛc. kann Verjährung nur Platz greifen, wenn der Anspruch endgültig festgestellt ist.

§ 196. I. Ziff. 1. 1. Begriff des Handwerkers. **RG.** JW. **05** 337: Handwerker ist jener Gewerbetreibende, der nach althergebrachter Arbeitsteilung innerhalb gewisser Grenzen im kleineren Umfange durch Alleinarbeit oder doch unter eigener Mitarbeit gewisse Verbrauchs- oder Gebrauchsgegenstände herstellt und in den Verkehr bringt oder sonst bestimmte Werke verrichtet. Große gewerbsmäßig betriebene Straßenbauunternehmungen sind daher niemals zum Handwerksbetriebe zu rechnen. OLG. **10** 72 (KG.), SeuffA. **60** 49: Forderungen eines Handwerkers aus einem Bauentreprisevertrag unterliegen nicht der kurzen Verjährung.

2. Wolf, DJZ. **05** 1159 f. Es ist erkennbar die Absicht des Gesetzgebers die im § 196 Ziff. 1 bezeichneten Geschäfte mit allen Verzweigungen zu treffen. Das ergibt vor allem die Einbeziehung der Auslagen. — Man wird also unter Forderungen „für" Lieferung von Waren alle Ansprüche „aus" Lieferung derselben verstehen dürfen. — Der Anspruch des Kaufmanns auf Rückgabe geringwertiger Emballage verjährt nicht, wie bei gewöhnlicher Leihe, nach 30 Jahren, sondern gleichzeitig wie die Kaufpreisforderung nach 2 oder 4 Jahren.

3. Gewerbebetrieb (JDR. **3** Ziff. 1). **a)** OLG. **12** 27 (Hamburg), HansGZ. **05** Beibl. 153 ff.: Gewerbsmäßigkeit darf nicht mit dem Begriffe des Gewerbebetriebs identifiziert werden. Ein Grundeigentümer, welcher die Räume seines zu diesem Zwecke erworbenen Miethauses durch Vermieten gewerbsmäßig nützt, übt damit keinen Gewerbebetrieb im Sinne der Nr. 1; eine derartige Tätigkeit wird auch nach der Auffassung des täglichen Lebens nicht als Gewerbebetrieb angesehen. **b)** OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 80: Die Voraussetzungen der Ziff. 1 liegen auch dann vor, wenn das Rechtsgeschäft, aus welchem die Leistung erfolgt, überhaupt nur gewerblicher Natur, auch vom Standpunkte des Schuldners aus ist, d. h. wenn der Schuldner ein Gewerbetreibender ist und wenn er das Rechtsgeschäft in Spekulationsabsicht abgeschlossen hat. **c)** OLG. Posen, PosMschr. **05** 84: Der Betrieb der Landwirtschaft ist nicht als ein Gewerbe anzusehen. Ebenso OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **2** 17. **d)** **RG.** JW. **05** 110: Bezüglich der Verjährung einer Forderung für einem Handelsmanne gelieferte Bauten kommt es nicht darauf an, welcher Gebrauch tatsächlich von den aufgeführten Bauten gemacht worden ist, sondern darauf, ob objektiv nach den zur Zeit der Bestellung obwaltenden Umständen anzunehmen war, daß die Bauten für den Gewerbebetrieb dienen sollten.

4. **RG. 60** 74 ff., JW. **05** 169, DJZ. **05** 362: Für die Kaufmannseigenschaft im Sinne dieser Vorschrift ist das zur Zeit der Entstehung geltende Recht, nicht das beim Wechsel der Gesetzgebung auf die Verjährung selbst zur Anwendung kommende Recht maßgebend.

II. Ziff. 3. *Rosenmeyer, DJZ. **05** 598: Ist der Frachtfuhrmann Kaufmann, so verjähren seine für den Gewerbebetrieb gelieferten Leistungen in 4, nicht in 2 Jahren.

III. Ziff. 12. **RG. 60** 340, JW. **05** 112: Die kurze Verjährung tritt

nur im Falle der gewerbsmäßigen Verpflegung ein, nicht dann, wenn sie außerhalb der Gewerbsmäßigkeit gewährt wird.

IV. Ziff. 15. LG. Colmar, ElsLothNotZ. **05** 182 ff.: Auf die vom Notar bezahlten Stempelkosten und Verkehrssteuern findet Ziff. 15 keine Anwendung. — OLG. Colmar, RheinNotZ. **05** 143: Dagegen auf die Gebühren des Notars und die Auslagen, soweit sie nicht in die Staatskasse fließen.

§ 197. 1. OLG. Breslau, BreslauAK. **05** 35: Der Anspruch des Armenverbandes auf Erstattung der von ihm gewährten Unterstützung unterliegt nicht der kurzen Verjährung, weil es sich nicht um einen Anspruch auf rückständige Alimente, sondern um einen solchen des Armenverbandes aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag handelt (§ 62 UnlWG.).

2. AG. Krossen, R. **05** 561: Von „Rückständen von Unterhaltsbeiträgen" kann nur dann die Rede sein, wenn die Unterhaltsbeiträge ihrer Höhe nach feststehen. Nicht der Unterhaltsanspruch selbst, z. B. des unehelichen Kindes nach § 1708 BGB., ist Gegenstand der kurzen Verjährung, sondern der einzelne konkrete Unterhaltsbeitrag. Mit einem solchen kann der Schuldner aber erst dann rückständig werden, wenn feststeht, wie hoch er ist.

§ 198. 1. *Fuld, GewRschutz **05** 213: Die Anspruchsverjährung beginnt bei der fortgesetzten Handlung erst mit dem letzten Einzelakte, der als Eingriff in die geschützte Sphäre erscheint.

2. LG. Colmar, ElsLothNotZ. **05** 185: Die Verjährungsfrist bezüglich der Gebühren beginnt erst dann, wenn die Gebühren durch Leistung aller sie bedingenden Handlungen entstanden sind, welche die vollständige Erledigung des Auftrags herbeiführen.

§ 202. I. Einredebegriff (JDR. **3** Ziff. 1). *Friedenthal a. a. O. 12 ff.: Es ist scharf zu unterscheiden zwischen Einrede im Sinne der ZPO. und des BGB. Einreden im Sinne der ZPO. bilden solche Behauptungen des Beklagten im Prozesse, die ungeachtet der Richtigkeit des Klagegrundes für sich allein genügen, um die Abweisung der Klage herbeizuführen (26). Die Einreden im Sinne des BGB. sind eine Unterart der Gegenrechte. Diese richten sich gegen einen „Anspruch" im Sinne des BGB. (§ 194 Abs. 1) und zerfallen in: 1. Anspruchsvernichtungsrechte, die dem Verpflichteten gestatten, den Bestand des Anspruchs aufzuheben (Anfechtung, Aufrechnung, Widerruf); 2. Leistungsverweigerungsrechte oder Einreden, die ihm nur gestatten, die Durchsetzung des Anspruchs zu verhindern, d. h. die Leistung zu verweigern (60 ff.). Einrede ist aber nur die dem Schuldner auf Grund eines bestimmten Umstandes beigelegte, besondere subjektive Berechtigung, eine geschuldete Leistung gleichwohl verweigern zu dürfen. Keine solche Einrede im Falle des § 986 und bei der Stundung (41 ff.).

II. Geltendmachung der Einrede. 1. Gräffner weist nach, daß das BGB. Bestimmungen enthält, welche unzweifelhaft darauf hinweisen, daß eine Einrede sowohl gerichtlich wie außergerichtlich geltend gemacht werden kann. Die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede ist nicht geeignet, den Richter oder Dritte beeinflussende Wirkungen hervorzurufen.

2. *Sahm, IheringsJ. **49** 59—92: Im Gegensatze zu den Motiven des BGB. und zu der in der Literatur herrschenden Ansicht ist anzunehmen, daß die Einrede der Verjährung mit rechtlicher Wirksamkeit auch außergerichtlich geltend gemacht werden kann. Nach § 194 unterliegt der Anspruch der Verjährung. Der Anspruch aber ist ein materieller Begriff; denn das BGB. steht auf dem Boden einer strengen Sonderung des Privatrechts von dem öffentlichen Rechte. Diesem Anspruche steht die Einrede gegenüber, d. h. das Recht, die Leistung zu verweigern. Ebenso wie der Anspruch ist auch die Einrede ein materieller Be-

griff. Hieraus ergibt sich, daß die prozessuale Geltendmachung der Einrede durch den Beklagten nicht erforderlich ist. Dies hätte sonst besonders gesagt sein müssen. Die Einrede kann vielmehr auch durch einfache Erklärung des Schuldners, er verweigere die Leistung wegen der eingetretenen Verjährung, geltend gemacht werden.

§ 203. 1. **RG.** R. **05** 311: Es erscheint zulässig, dem Begriffe der höheren Gewalt im Sinne des § 203 den Fall zu unterstellen, wo durch Verweigerung des Armutszeugnisses seitens der zuständigen Behörde dem Kläger die Rechtsverfolgung unmöglich gemacht wurde.

2. Winkler, JW. **05** 104 ff.: Der durch einen Aussetzungsbeschluß des Gerichts für den Kläger verursachte relative Stillstand der Rechtspflege wird als Fall der „höheren Gewalt" nach Abs. 2 aufzufassen sein.

§ 208. Unterbrechung durch Anerkenntnis (JDR. 3 zu § 208). **a)** OLG. Stettin, R. **05** 342: Es ist im Interesse der Rechtssicherheit anzunehmen, daß nur ein Anerkenntnis in der Form des § 781 eine verjährte Forderung zu voller Wirksamkeit wieder aufleben läßt. **b)** OLG. Posen, PosMschr. **05** 84: Zum Anerkenntnis im Sinne des § 208 genügt es, daß die Überzeugung, Schuldner zu sein, hinlänglich zum Ausdrucke kommt.

§ 209. 1. **RG.** JW. **05** 717: Durch die Einklagung eines Zinspostens wird die Verjährung der Kapitalforderung nicht unterbrochen.

2. Ziff. 4. **RG.** JW. **05** 716: Eine im Auslande vorgenommene, der deutschen Streitverkündung entsprechende Prozeßhandlung ist zur Unterbrechung der Verjährung selbst dann geeignet, wenn dem Urteile mangels Verbürgung der Gegenseitigkeit die Anerkennung im Inlande fehlt.

§ 212. Abs. 2. LG. Frankfurt, FrankfRundsch. **39** 45: Abs. 2 kann auf den Fall einer die Zulässigkeit des bürgerlichen Prozeßverfahrens bedingenden Ausschlußfrist nicht übertragen werden (nämlich nicht auf § 58 KVG.).

§ 217. OLG. Posen, PosMschr. **05** 109: In Übereinstimmung mit der in der Literatur überwiegenden Ansicht ist anzunehmen, daß die neue Verjährung nicht erst mit dem auf die Unterbrechung folgenden 1. Januar, sondern sofort beginne.

§ 218. *Kähler, Entschädigung für Straf- und Untersuchungshaft 81: Auch der endgültig festgesetzte Anspruch auf Entschädigung für Strafe ꝛc. fällt hierher.

Sechster Abschnitt. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Literatur: Eltzbacher, Das Anwendungsgebiet der Notwehr, DJZ. **05** 239—244. — Lippmann, Die Bedeutung des § 228 BGB. für das Strafrecht, ThürBl. **05** 205—209. — Neubecker, Zur Lehre von der Notwehr, DJZ. **05** 146—151. — Schleifenbaum, Begriff des rechtwidrigen Angriffs im § 227 BGB., Strafrechtl. Abhandlungen von Behling. Heft 54.

§ 226. 1. *Finger, UnlW. **4** 87 ff.: § 226 BGB. findet auch auf die Persönlichkeitsrechte und Immaterialgüterrechte Anwendung, so daß auch das eingetragene Warenzeichen hinsichtlich der Ausübung des an ihm bestehenden formalen und absoluten Rechtes nicht befreit ist von den allgemeinen Schranken des § 226 BGB. Jeder, der ein rechtlich anerkennenswertes Interesse an der Unzulässigkeit der Rechtsausübung hat, kann dies sowohl durch die Einwendung der Schikane als auch durch die Klage auf Unterlassung geltend machen.

2. *Weyl, Verschuldensbegriffe 414, 231 Note 3: Es handelt sich um lediglich objektiven, nicht notwendig zugleich subjektiven Rechtsmißbrauch.

3. **a)** BayObLG., R. **05** 193: Der im § 226 bezeichnete Schaden braucht kein vermögensrechtlicher zu sein. Außer dem Zwecke, einem anderen Schaden zuzu-

fügen, darf ein anderer Zweck nur ganz nebenbei in Betracht kommen. **b)** RG. 9. 5. 05 JW. **05** 388, PucheltsZ. **36** 641: Dem Anspruch auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses bei nur eintägiger Dauer des Dienstverhältnisses steht § 226 nicht entgegen. Näheres u. Ziff. 4 zu § 630.

§ 227. 1. Schleifenbaum a. a. O. 43: Der Tierangriff begründet nicht Notwehr. Als eine Folgerung aus dem Notwehrbegriffe gilt dieser Satz nicht nur für das bürgerliche Recht, sondern auch für das Strafrecht. (AM. Olshausen zu § 53 StGB. Note 5.) Noch weniger ist der Sachangriff ein Notwehrfall. Für die Frage der Behandlung des Angriffs eines schuldlosen, insbesondere unzurechnungsfähigen Menschen erweist sich der Begriff der Rechtswidrigkeit in doppelter Hinsicht bestimmend. Einmal bedingt er die Verwerfung der früher weitverbreiteten Theorie, die subjektive Rechtswidrigkeit des Angriffs verlangte, andererseits macht er die einheitliche Auffassung der in den §§ 227, 228 normierten Verteidigungsrechte als zur Verteidigung des Rechtes gegen das Unrecht verliehener Befugnisse unmöglich und entzieht dadurch den Theorien, die in der Verteidigungsbefugnis gegen schuldlose menschliche Angriffe einen Unterfall dieser allgemeinen Selbstverteidigungsbefugnis gegen das Unrecht erblicken und von hier aus dem Wahnsinnigen die Wohltaten des § 228 glauben zuteil werden lassen zu können, ihre wesentlichste Grundlage.

2. *Neubecker, DJZ. **05** 146 ff.: Objekt für den rechtswidrigen „Angriff dieses Paragraphen sind nicht Rechte. Rechtsverwirklichung ist nur erlaubt als Selbsthilfe (§§ 229 ff.). Notwehr im Sinne des § 227 gibt es nur bei Angriffen auf die Person. Hier allein gibt es auch „Nothilfe". Im Gegensatze zur Personennotwehr steht die Besitznotwehr (s. u. Ziff. 2 zu §§ 854 ff.).

3. *Eltzbacher, DJZ. **05** 239 ff.: Notwehr ist zulässig gegenüber jedem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffe, gleichviel auf welches Gut er sich richten mag. Unter anderem auch gegenüber den „positiven Vertragsverletzungen". Ungerechtfertigt ist Neubeckers Versuch, die Notwehr auf Angriffe gegen die Person und den Besitz zu beschränken.

4. Über den Begriff der Notwehr und die Beweislast s. auch RG. 27. 10. 04, JW. **05** 14.

§ 228. 1. *J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 389 ff.: Die zivilrechtliche Berechtigung aus Notstand ist für das Strafrecht nur dann zu beachten, wenn das Strafrecht die unselbständige Schutzfunktion des bürgerlichen Rechtsguts übernimmt, in anderen Fällen hat das Strafrecht trotz der durch das BGB. gewährten Berechtigung allein über die Rechtswidrigkeit der Handlung zu entscheiden. — 389 ff. auch eingehende Bemerkungen über das Verhältnis zwischen straf- und zivilrechtlicher Rechtswidrigkeit.

2. Verhältnis des § 228 BGB. zum StGB. (vgl. JDR. **2** Ziff. 6). Lippmann a. a. O. 209: Aus § 228 kann die Straflosigkeit eines Delikts nicht gefolgert werden. Nur die Bedeutung hat er für die strafrechtliche Seite der Sache, daß, wenn die schädigende Handlung inhaltlich erlaubt ist, von einer Rechtswidrigkeit dieser und also auch von einem Delikte der Sachbeschädigung nicht die Rede sein kann. Vgl. insbesondere auch Titze, JDR. **3** Ziff. 1 zu §§ 227 ff.

§ 231. *Weyl, Verschuldensbegriffe 136, 400 Note 2 u. 3: Einziger Fall einer Schadensersatzpflicht auch bei unentschuldigtem Irrtume; der Analogie nicht fähig.

Siebenter Abschnitt. Sicherheitsleistung.

§ 232. 1. OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 41: Unter „Geld" im Sinne aller gesetzlichen Bestimmungen über Sicherheitsleistung ist nicht nur staatliches Geld, sondern alles anzusehen, was im allgemeinen Verkehr als solches gilt.

Eine Reichsbanknote ist daher als „Geld" und nicht als „Wertpapier" oder „Urkunde" anzusehen.

2. PrKompGerH., EisenbE. **21** 56: Im § 232 ist über die Natur der Forderung nichts bestimmt, vielmehr hängt diese von der landesrechtlichen Regelung des Hinterlegungswesens ab.

3. Bezüglich der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung aus einem Urteil und deren Erzwingung im Wege der Zwangsvollstreckung s. § 887 ZPO.

§ 240. OLG. **11** 143 (KG.): Ob die Verpflichtung des § 240 auch besteht, wenn die Sicherheit auf Grund eines Rechtsgeschäfts in bestimmter Art geleistet ist, ist nur konkret zu bestimmen.

Anhang zum Allgemeinen Teile: Beweislast.

Literatur: Brodmann, Zur Lehre von der Beweislast, ACivPrax. **98** 66—167. — Düringer, Die Regelung der Beweislast durch Gesetz, R. **05** 577.

1. (vgl. auch JDR. 3). *Düringer, R. **05** 577 ff.: Die Regelung der Beweislast durch die Fassung der Gesetzesvorschrift ist im BGB. konsequent durchgeführt. Sie entsprach einer den Redaktoren durch die Kommission für die II. Lesung des BGB. erteilten Direktive und wird von ihnen ausdrücklich bezeugt (vgl. Planck [3] I 50). Die Annahme, daß das Gesetz durch seine Fassung nur die „Anregungslast" des Gegners des Beweisführers normieren wollte (Leonhard, Beweislast 223, 251), ist abzulehnen; eine solche Anregungspflicht kennt das Gesetz nicht. Die gleiche konsequente Durchführung der Fassungsregeln zur Bestimmung der Beweislast findet sich auch im neuen HGB., wo insbesondere die für die materiellrechtliche Haftung des Kommissionärs, des Spediteurs, des Frachtführers, der Eisenbahn, des Verfrachters so wichtige Verteilung der Beweislast, an Stelle der ausdrücklichen Beweisvorschriften des alten HGB. nunmehr lediglich durch die Fassung zum Ausdrucke kommt.

2. Im ACivPrax. **98** 66 ff. unternimmt es *Brodmann in Ergänzung einer früheren Arbeit (Vom Stoffe des Rechtes und seiner Struktur — Das Recht im Prozesse), durch grundlegende Untersuchungen die Probleme in der Lehre von der Beweislast zu klären. Es kommt darauf an, nicht nur zu erkennen, daß sich hier Fragen des Prozeßrechts und des materiellen Rechtes kreuzen, sondern vor allem auch jedem dieser Rechtsgebiete in exakter Weise und ohne jede Phrase seine Grenzen scharf zu ziehen. Es ist die Schwäche der Einredetheorie, daß sie für die prozeßrechtliche Seite der Sache so gar kein Auge hat, während im Ausbau ihrer Doktrin beide — Einrede wie Leugnungstheorie — darin sich einig sind, daß sie die prozeßrechtlichen Fragen in einer Weise behandeln, welche mit anerkannten, völlig unbestrittenen, von ihnen selbst nicht im geringsten geleugneten Grundsätzen des Prozesses in Widerspruch tritt. — Betzinger, der das materielle Recht erkennt als ein System von Normen, Gegennormen, Ergänzungsnormen und mit der hieran anschließenden Lehre an den Mindesttatbestande eines subjektiven Rechtes und überhaupt eines Rechtsbehelfs die Lehre von der Beweislast erschöpft zu haben glaubt, sieht nur die eine Seite seiner Aufgabe, die Analyse des geltenden Rechtes, d. h. des Abstrakten. Von größter Bedeutung aber, wenn auch freilich säuberlich von jener getrennt zu behandeln, ist die prozeßrechtliche Aufgabe, in der wir uns durchaus nicht zu beschäftigen haben mit dem Abstrakten, sondern ausschließlich mit dem Konkreten, mit den Tatsachen — wenn vorerst auch nur den behaupteten Tatsachen — des jedesmaligen Prozeßstoffs. Im Mittelpunkte dieser Fragen steht die richtige Behandlung des qualifizierten Geständnisses. Während es sich dort darum handelt, wie die Gesetze und Normen, ihre Begriffe und Tatbestände zu verstehen sind, kommt es hier auf die gänzlich verschiedene Frage an: welche aufgestellte

tatsächliche Behauptung ist, weil bestritten, des Beweises noch bedürftig. In dem Gebiete des Abstrakten bewegen wir uns, wenn wir auf Grund der Analyse des objektiven Rechtes die Tatbestände der einzelnen Rechtswirkungen feststellen und so zur Entscheidung über die Behauptungslast gelangen. Soll aber ferner aus der Behauptungslast eine Beweislast werden, und haben wir also zu prüfen, was feststeht und was noch des Beweises bedarf, so liegt diese Frage so ausschließlich und grundsätzlich auf dem Gebiete des Konkreten, des örtlich und zeitlich determinierten tatsächlichen Geschehens, daß, wo auch nur ein Rest von juristisch-begrifflich Gefaßtem verbliebe, das bestritten ist, unerbittlich auf Entfernung und Herausschälung des rein Tatsächlichen gedrungen werden muß. In Verkennung dieser einfachen und einleuchtenden Grundwahrheit sind Leugnungs- und Einredetheorie sich einig, und darauf beruht es, daß keine von ihrem Standpunkt aus den Gegner zu widerlegen vermag und daher diese ganze Lehre ein so unerquickliches Bild gewährt. — Erst an der Erkenntnis dieses Sachverhalts tritt die Bedeutung der Lehre von dem Mindesttatbestand in ihr volles Licht. Man tut immer so, und viele Juristen glauben es wirklich, als zerfiele das Leben jedes Einzelnen in einzelne Akte von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen und als käme es dann im einzelnen Falle darauf an, daß der in Betracht kommende Akt vorgetragen und bewiesen würde in seiner ganzen Vollständigkeit. So sind aber die menschlichen Dinge in ihrer Unvollkommenheit leider nicht angetan. Wo immer jemand einen noch so dürftigen und abgerissenen Sachverhalt behaupten und nötigenfalls beweisen kann, vorausgesetzt nur, daß derselbe der unerläßlichen individualisierenden Determination nach Raum und Zeit nicht entbehrt, hat der Richter die Schlußfolgerung zu ziehen, wenn er in dem Festgestellten den Tatbestand eines subjektiven Rechtes ꝛc. als gegeben anerkennen muß und alles, was sonst noch etwa geschehen sein könnte, bleibt gänzlich unbeachtet, solange es nicht behauptet und, wenn bestritten, bewiesen ist. Auf der logischen Struktur dessen, was wir ein subjektives Recht nennen, beruht es, daß das Einzige, was an ihm einer Beweisführung durch die Parteien auch nur zugänglich, weil tatsächlicher Natur ist, die Entstehungstatsachen sind. So löst sich ohne jede Schwierigkeit das anscheinend unlösliche Dilemma, daß der Kläger zwar den gegenwärtigen Bestand seines Rechtes behaupten muß, zu beweisen aber nur braucht die in der Vergangenheit zurückliegenden Entstehungsvorgänge. Auf der Verhandlungsmaxime aber, und ausschließlich auf ihr, die unentbehrlich ist, beruht es, daß alle etwa später eingetretenen Gründe einer Aufhebung oder Änderung des Rechtes so lange unberücksichtigt bleiben, als sie nicht behauptet und, wenn bestritten, bewiesen sind. Streit herrscht wiederum in bezug auf die rechtshindernden Tatsachen. Hier gilt es vor allem mit der Lehre von den sog. negativen Voraussetzungen eines subjektiven Rechtes aufzuräumen. Im allgemeinen gibt es ebensowenig solche negativen Voraussetzungen, wie es im Gebiete der Kausalität negative Ursachen gibt, als welche man sich den Nichteintritt einer an sich denkbaren Möglichkeit vorstellt. In letzterem Gebiet ist eine solche Vorstellung negativer Instanzen erkenntnistheoretisch verkehrt und daher grundsätzlich und ausnahmslos ausgeschlossen. Die Möglichkeit, durch positive Satzung negative Tatbestandsmomente zu schaffen, ist nicht zu bestreiten. Abgesehen davon ist es selbstverständlich, daß der Kläger neben den positiven Daten seines Rechtes nicht auch noch das Fehlen aller möglichen Hemmnisse der Rechtsentstehung zu beweisen braucht. — Erst nach Erledigung aller dieser Vorfragen gelangt man zu dem Gebiete, das bisher ausschließlich, wenn auch unter unmethodischer Einbeziehung des bisher Erörterten, als der Gegenstand der Lehre von der Beweislast behandelt worden ist, nämlich zu den Fragen nach den juristischen Begriffsbestimmungen und Tatbeständen des materiellen

Rechtes, nach Norm, Gegennorm, Ergänzungsnorm, nach Zusammenhang und System des geltenden Rechtes. Auf Einzelfragen geht der Verf. hier nicht ein. Nur ein Punkt von allgemeinerer Bedeutung wird behandelt, indem die Lehre von dem Unterschiede zwischen materiellem und formalem Klagegrund abgelehnt wird. Die in vielfachen Wendungen unternommene, aber exakt nie durchgeführte Unterscheidung zwischen allgemeinen Voraussetzungen der Rechtsentstehung (Geschäfts-, Dispositionsfähigkeit, Ernstlichkeit, Wirklichkeit des Willens) und spezifischen Voraussetzungen (z. B. beim Kaufe der äußere Tatbestand der Vertragsberedung) welche letztere allein zur Behauptungs- und Beweislast des Klägers ständen, läßt sich nicht rechtfertigen. Allerdings wird — entsprechend der richtigen Theorie — in Fällen, wo es sich um den Einfluß ganz bestimmter einzelner Vorkommnisse handelt (Betrug, Drohung, Wucher 2c.) derjenige beweisen müssen, der sich auf sie beruft, im übrigen aber ist es in der Regel nur die Selbstverständlichkeit der allgemeinen Voraussetzungen des klagebegründenden Tatbestandes, welche den Schein erweckt, als sei es überhaupt nicht Sache des Angreifers, sie darzutun, vielmehr Sache des Angegriffenen, ihr Fehlen zu behaupten und zu beweisen.

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Inhalt der Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Verpflichtung zur Leistung.

Vorbemerkung (zu §§ 241—292): Zum Begriffe von „Treu und Glauben" hat der Spezialist dieses Gebiets — K. Schneider — von neuem zu einer „Nachlese" das Wort ergriffen, wieder in sehr klärender und lehrreicher Weise. Aber auch die Rechtsprechung (§ 242 Ziff. 4) schöpft immer wieder weitgreifende Rechts- und Lehrsätze aus diesem Begriffe wie aus einem Füllhorn, mit ihrer Hilfe von Fall zu Fall der Ausbeutung formaler Machtstellung zuungunsten des wirklichen, richtigeren Rechtes entgegentretend. — Auf dem Gebiete des Schadensersatzrechts sind Fragen von hervorragender Bedeutung zur Erörterung gelangt. Insbesondere auf sämtliche unter § 249 Ziff. 2a—d versammelten höchstrichterlichen Erkenntnisse über den Inhalt und die Art des Schadensersatzes sei wegen ihrer grundlegenden praktischen Wichtigkeit hingewiesen. Die reichliche Behandlung des niemals auszuschöpfenden Problems vom adäquaten Kausalzusammenhange (§ 249 Ziff. 3) wird das Interesse der Theoretiker in erster Linie fesseln. — Wie in jedem Jahrgange so auch in diesem nimmt an Umfang des Materials wieder die erste Stelle der § 254 ein. Und wie immer, so gebührt auch diesmal der Praxis hier durchaus die Vorhand, wenn auch zu einzelnen wichtigen Streitfragen, wie der des mitwirkenden Verschuldens der Geschäftsunfähigen (Ziff. 3), des Verhältnisses der §§ 278 und 254 zueinander (Ziff. 4), der Pflicht des Verletzten zur Heilung mitzuwirken (Ziff. 5), des Verhältnisses des § 1 RHG. zum § 254 (Ziff. 7) sich Schriftsteller, zum Teil recht eingehend, geäußert haben. Die Redaktion hofft, mit dem reichlichen Material von typischen Einzelfällen und -Unfällen, die unter der Ziff. 10 sich vereinigt finden, gerade der Praxis einen guten Dienst zu erweisen und ihr eine Fülle von Gesichtspunkten auch zu Zwecken der Analogie an die Hand zu geben. Natürlich ist das einschlägige Material zu § 1 HaftpflG. hier besonders heranzuziehen. Besondere Hervorhebung verdienen die zu Ziff. 10 d β behandelte „Pflicht zum Deckungskauf" und die geradezu fundamentale Entscheidung des RG. unter 10 f α, deren letzte Konsequenzen noch garnicht abzusehen sind; eine redaktionelle Bemerkung am genannten Orte versucht kurz näher die Bedeutung des Urteils klarzustellen. — Auf dem Gebiete der Wahlschuld (§§ 262 ff.) war diesmal über die bedeutende, mit großer Selbständigkeit der Auffassung und nicht ohne scharfe und spitze Polemik geschriebene Monographie Pescatores zu berichten, der oft eigenartige über das Gesetz hinausführende Wege geht. Die Rechtsprechung tritt wie immer hier zurück; aber Böning und Stölzel behandeln (§ 262 Ziff. 2) das durchaus praktische Problem des „alternativen Klagantrags".

— Zum § 273 sind wieder eine Reihe der alten Streitfragen behandelt worden; insbesondere kommt die Frage des Zurückbehaltungsrechts gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen (Ziff. 4) nicht zur Ruhe. Es wird weiter geschwankt, wie man dort sieht. — Die Lehre vom Verschulden (§§ 276 ff.) erörtert eindringlichst und umfänglich Weyl. Der Selbstbericht des Verf. läßt nur von ferne das außerordentliche Material ahnen, das in dem Buche bewältigt ist. Er kann das Studium des Werkes nicht ersetzen; — mag er es befördern! Auch die Rechtsprechung (Ziff. 3 ff.) hat reichlich beigesteuert. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt, Haftung für Erfüllung, die Frage der Vertrags- und außerkontraktlichen Haftung, derjenigen des Hauseigentümers und mancher andere wichtige Tatbestand sind eingehend betrachtet worden. Mehrfach hängen die Erörterungen mit denen zu § 254 und § 278 zusammen, wie die vielfachen Verweisungen da und dort erkennen lassen. Doch sind die mehr grundsätzlichen Fragen zum § 276 gebracht worden; bei § 278 (Ziff. 4) finden sich mehr Sondertatbestände. Von Interesse sind die lehrreichen Erörterungen Fischers (zu § 278 Ziff. 1a). Unter § 280 ist diesmal genauer das Verhältnis der Unmöglichkeit zur Haftung aus § 823 von Titze und Golde behandelt worden. Des weiteren fesselt dann noch vor allem die wichtige Judikatur, die zum Kapitel vom Verzuge des Schuldners verzeichnet worden ist. Jeder einzelne Tatbestand ist praktisch außerordentlich bedeutsam. Ganz besonders wichtig erscheint die Frage der Inverzugsetzung durch Wechselprotest (§ 284 Ziff. 5a), die eingehender Beachtung empfohlen sei.

Zu §§ 241 ff. Literatur: Heck, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, DJZ. **05** 1140—1142. — Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Berlin 1905. — Landsberg, Das entgegengesetzte Extrem, DJZ. **05** 921—925. — Stampe, Rechtsfindung durch Konstruktion, DJZ. **05** 417 ff. — Ders., Rechtsfindung durch Interessenerwägung, ebenda 713 ff. — Ders., Gesetz und Richtermacht, ebenda 1017 ff. — Steyert, Der dingliche Vertrag im BGB. Straßburg 1905.

1. Auslegung. S. a. JDR. **3** Ziff. 1. **a**) *Stampe: Die Anschauungen über Wesen und Grenzen des Gesetzes müssen reformiert werden, damit der Richter Klarheit über seine Aufgaben erhalte. Das Gesetz ist nicht lückenlos, sondern sehr lückenhaft; und nicht ein System ungeschriebener Prinzipien, sondern authentisch verbotenus festgelegte Norm, für deren Inhalt nur ihr Wortlaut entscheidet, so wie er nach den Sprach- und Denkregeln verstanden werden muß, niemals aber der in den Gesetzesvorarbeiten zutage tretende „Wille des Gesetzgebers“. — Soweit Gesetz und Gewohnheitsrecht inhaltlich klar sprechen, hat der Richter nach diesen Rechtssätzen zu entscheiden; darüber hinaus ist er für den Einzelfall selbst der Gesetzgeber und muß zum Zwecke der Rechtsergänzung einen Gerichtssatz aufstellen, der natürlich — anders als ein Rechtssatz — nur für den Einzelfall bindende Kraft besitzt, aber durch dauernde Übung zum (Gewohnheits-) Rechtssatz werden kann. Gewinnen muß man diese Gerichtssätze, nach dem Beispiele verständiger Gesetzgebung, durch sorgfältige Abwägung aller in Betracht kommenden Interessen der Privaten wie der Allgemeinheit. Das Interesse des Staates an einfacher und kontinuierlicher Rechtsbildung ist stets mit in Betracht zu ziehen. Wenn dieses den Ausschlag gibt und man deshalb für den neuen Tatbestand (z. B. die positive Vertragsverletzung) dieselben Rechtswirkungen festsetzt, welche durch Rechtssatz bereits für einen anderen Tatbestand (z. B. den Erfüllungsverzug) verordnet sind, so liegt trotzdem auch dann Aufstellung eines Gerichtssatzes vor und nicht, wie bisher behauptet wird, Aufdeckung eines Rechtssatzes durch Analogie. — Zur Abänderung von Rechtssätzen durch Gerichtssatz ist der Richter nur dann befugt, wenn die Interessenabwägung ergibt, daß der Rechtssatz wichtige Interessen der Allgemeinheit so schwer verletzt, daß Abhilfe unbedingt nottut, und wenn zugleich die Geringfügigkeit der Änderung oder die Besonderheit des Problems die Inanspruchnahme der Legislative verbieten. — Gänzlich zu verwerfen sind,

wegen ihrer sozialen Unbrauchbarkeit, die Rechtsergänzung durch Konstruktion und die Gesetzesänderung durch die sog. extensive und restriktive Interpretation, welche den „eigentlichen Willen des Gesetzgebers" gegenüber dem Gesetzeswortlaute zur Geltung bringen will. **b)** Demgegenüber Landsberg a. a. O., gegen den sich wieder Stampe a. a. O. 1017—1022 wendet. **c)** Heck tritt Stampe darin bei, daß es Rechtslücken gibt, die nicht durch Konstruktion, sondern durch Interessenprüfung auszufüllen sind. Die Rechtssätze gehen hervor aus der Entscheidung angeschauter Interessenkonflikte, entschieden nach dem Werte, den die Rechtsgemeinschaft den beteiligten Interessen beilegt. Für nicht gerechtfertigt dagegen hält er den Versuch Stampes, die bisher angenommene Wirkung des Gesetzes zurückzudrängen und die richterliche Machtbefugnis zu ändern. Der Richter ist vielmehr auch bei der Ergänzung von Lücken an den mittelbaren Gesetzesinhalt, an diejenigen Werturteile gebunden, welche das gesetzte Recht enthält. Die Bindung ist notwendig, um die Gefahren des subjektiven Urteils abzuwehren.

2. Schuldverhältnis. Begriff. Inhalt. Gegenstand. S. IDR. 3 Ziff. 4. **a)** Zusammengesetzte Obligation. S. IDR. 3 Ziff. 4 f. α. *Klein 30 ff.: Bei der zusammengesetzten Obligation ist zu unterscheiden zwischen dem Zwecke der zusammengesetzten Obligation (entfernterer juristischer Zweck) und dem Zwecke der einzelnen Forderung (näherer juristischer Zweck). Der entferntere juristische Zweck wird fälschlich meist „ökonomischer Zweck" genannt. β. *Klein 30 ff.: Die zusammengesetzte Obligation ist eine Einheit, nicht bloß eine terminologische Zusammenfassung. ➳ Gegen Mitteis, Individualisierung der Obligation in Übereinstimmung mit Stampe, Das causa-Problem des Zivilrechts (1904) 24 ff. und Litten, Wahlschuld. ⟵ **b)** Der dingliche Vertrag im BGB. *Steyert 16 ff.: Einen „dinglichen Vertrag" im Obligationenrechte gibt es nicht. Wenn die Motive zum BGB. von der Zession, dem Erlaß u. a. Verträgen als von „dinglichen Verträgen" sprechen, so verkennen sie den Begriff des dinglichen Vertrags. Dieser Irrtum entspringt aber keineswegs einer Verwechselung der Begriffe „dinglich" und „abstrakt", wie Bähr, KrVSchr. **11** (N. F.) 361 meint, sondern beruht auf der Vermengung der Begriffe der Dinglichkeit und der Absolutheit. Um eine Verwechselung mit dem eigentlichen „dinglichen Vertrage", der nur im Sachenrechte vorkommt, zu vermeiden, nenne man diejenigen Verträge des Obligationenrechts, die absolute Wirkung haben, doch wenigstens nur „Verträge mit dinglicher Wirkung" und nicht „dingliche Verträge".

§ 241. **a)** **RG. 59** 247 ff.: §§ 241, 242 verwertet für die Zulässigkeit einer Klage an Erfüllung eines Rezeptums. Näheres u. zu § 611 Ziff. 4 f. **b)** **RG. 56** 356 ff. — IDR. **3** zu § 241 Ziff. 3 — s. jetzt auch SeuffA. **60** 394 ff.

§ 242. Literatur: Schneider, Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben, ABürgR. 25 263—315. — Silbermann, Die exceptio doli generalis und das BGB., BayRpflZ. **05** 35—38.

1. Begriff. Anwendungsgebiet. Allgemeines. IDR. **1** § 242 Ziff. 1, **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 1: **a)** Schneider — s. IDR. **1** § 242 Ziff. 1 Abs. 3, **2** § 242 Ziff. 2a — hält a. a. O. eine „Nachlese". Es ist unrichtig, den Grundsatz von „Treu und Glauben" selbst noch in verschiedene Grundsätze zerlegen zu wollen (**RG. 49** 161, **53** 74, 144, **54** 181). Doch ist seine Verwendung zu zwei völlig verschiedenen Zwecken (für §§ 242 und 157) scharf zu unterscheiden. Nur zu ihrer Durchführung ist dasselbe Mittel, das pflichtmäßige, der Verkehrssitte sich anpassende Ermessen des Richters gewählt. Diese Macht darf nie die vom Gesetz und im Vertrage gesetzte Rechtsnorm außer acht lassen. Auch nach § 157 soll sie nur helfen, daß nicht dem

bloßen Wortsinne zuliebe eine rechtliche Erklärung noch angenommen werde, wo diese nach „Treu und Glauben“ sich auf den Streitfall nicht mehr erstreckt oder wo, umgekehrt, anzunehmen ist, daß sie sich, trotz ermangelnden Wertes, doch noch darauf erstreckt. Ein Beiseitedrängen des (wirklich) gesetzten Rechtes findet niemals statt (273). — Gegen die exceptio doli generalis und die Schwärmerei für „billige“ Entscheidungen a. a. O. 274 ff. — Stellungnahme zu Regelsberger — s. JDR. 2 § 242 Ziff. b β — a. a. O. 274, 278 ff.: Die energische Anwendung des § 157 wird immer und ausreichend die vernünftigste Abhilfe bieten. — Die Lehre von einer exc. doli gen. lockert von vornherein die Festigkeit des gesetzten Rechtes und führt unter der Hand einen Bruch mit dem Grundsatze der Vertragsfreiheit ein (281). Notwendigkeit, an der Unverbrüchlichkeit des gesetzten Rechtes festzuhalten (282 ff.). Gegen den „wirklichen“, „vermuteten“ oder „eingebildeten“ „Willen des Gesetzgebers“ (286 ff.), die ausdehnende Anwendung von § 157 umfaßt die sog. „analoge“ Auslegung (287/8). Die ganze Lehre der Anwendung ist jetzt allein auf dem § 157 aufzubauen. Er gibt die alleinige Regel über die der „Auslegung“ folgende Anwendung des gesetzten Rechtes (289). Seine Ansicht über die §§ 157 und 242 faßt er dahin zusammen (290): § 242 läßt als Ergänzung, also neben dem gesetzten Rechte, die Bestimmung der Rechtslage in einzelnen Streitfällen nach „Treu und Glauben“, d. h. nach richterlichem unparteiischen Ermessen, unter Rücksicht auf die Verkehrssitte zu. Er befindet nur über den Inhalt (und die Ausführung) des Rechtsverhältnisses. § 157 gibt (nach vorgängiger Feststellung des Wortsinns des gesetzten Rechtes) dem Richter die Befugnis nach „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ zu prüfen, ob die betr. Erklärung des gesetzten Rechtes in ihrer Wirkung auf den gegebenen Streitfall weiter oder weniger weit sich zu erstrecken habe, als ihr Wortsinn an und für sich gebietet. In dieser Hinsicht bestimmt § 157 den Umfang der Maßgeblichkeit des gesetzten Rechtes, vorbehaltlich der Ergänzung des letzteren nach § 242. — Im folgenden (291 ff.) Beläge falscher Anwendung und 294 ff. Kritik einer Reihe von Urteilen. **b**) *Hölder, Willenserklärung: Die Bestimmung ist maßgebend nicht nur für den Schuldner, sondern ebenso für die Bewirkung der Leistung durch Dritte. Sie bestimmt die maßgebende Bedeutung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte für den Inhalt der geschuldeten Leistung. Die Bedeutung dieses Moments ist nicht eine selbständige neben der Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen, sondern beruht auf seiner Bedeutung für deren Auslegung.

2. Die Verkehrssitte. **a**) *Bovensiepen, Minderkaufmann 14: Die Verkehrssitte ist nicht eine Treu und Glauben neben- oder gar übergeordnete Instanz, sondern ein durchaus untergeordneter Faktor. Sie gehört zu dem empirischen Material und unterliegt der Prüfung durch die formale allgemein gültige Methode von Treu und Glauben. **b**) Korn, Der kaufmännische Dienstvertrag und die Verkehrssitte, GewG. **10** 359 ff.

3. Die exceptio und replicatio doli generalis. S. JDR. **1** § 242 Ziff. 1, **2** Ziff. 2, 3 a, **3** Ziff. 2.

a) Allgemeines. α. *Silbermann weist an der Hand der einschlägigen Literatur und der jüngsten reichsgerichtlichen Rechtsprechung nach, daß die exceptio doli generalis auch nach dem Rechte des BGB. im vollen Umfange der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis besteht. β. OLG. Dresden, SächsA. **15** 243 ff., R. **05** 368 Nr. 1651: Durch die Vorschrift des § 242 wird der alte Rechtssatz dolo petit, qui petit, quod statim redditurus est bestätigt. (Entschieden in einem Falle der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO.; die Klägerin war als Bürgin bezüglich der in Anspruch genommenen Sache verhaftet.) γ. Über die

Unverjährbarkeit der exceptio doli nach gemeinem Rechte s. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **05** 186 ff.

b) Gegenüber der Verjährungseinrede. S. insbes. JDR. 3 a. a. O. Ziff. 2c. — **RG. 57** 372 ff., SeuffA. **60** 263 ff. (s. auch JDR. 3 § 209 Ziff. 1): Der Einrede der Verjährung steht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Replik der Arglist entgegen, wenn der Schuldner den Gläubiger von der rechtzeitigen Erhebung der Klage und gerichtlichen Geltendmachung der Verjährungsfrist abgehalten hat.

c) Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung. S. JDR. 3 § 242 Ziff. 2dγ und zu § 130 Ziff. IVb, s. a. o. zu § 162 Ziff. 2. — α. **RG. 58** 406, SeuffA. **60** 184 ff., JW. **04** 481, DJZ. **04** 1091 (s. JDR. 3 zu § 130 a. a. O.): Die §§ 162, 815 sind nicht Ausnahmevorschriften, sondern Einzelanwendungen des Grundsatzes von Treu und Glauben. Der Grundsatz beherrscht den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr. Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile des anderen einen Vorteil herleiten will. (Ein Kaufangebot auf Hypotheken war durch eingeschriebenen Brief angenommen worden; dieser konnte nicht behändigt werden, weil am letzten Tage der Annahmefrist annahmeberechtigte Personen in der Wohnung nicht anzutreffen waren. Darin wurde ein Verschulden erblickt.) ⇛ Das RG. unterscheidet als Umstände, die in der Person des Adressaten ihren Grund haben: durch Arglist, Verschulden oder Zufall herbeigeführte. „Für den Fall der Arglist muß die Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugehens für begründet erachtet werden." Für den Fall des Verschuldens werden die obigen Sätze ausgesprochen. Für den Fall des Zufalls läßt es die Frage dahingestellt. Red. ⇚ β. OLG. **10** 64 ff. (Königsberg) über den Einwand, daß der Unterzeichner eines schriftlichen Empfangsbekenntnisses von seinem Inhalte keine Kenntnis gehabt habe — s. o. zu § 130 Ziff. 3b —: Es wird ausgeführt: „Dem C. war durch Vorlegung des Schriftstücks Gelegenheit gegeben, sich von dessen Inhalt zu vergewissern. Daß ihm etwa das Schriftstück nur schnell vorgehalten und dann wieder weggerissen worden wäre, ist nicht erwiesen. C. konnte also das Schriftstück lesen. Wenn er es, ohne es zu lesen, unterschrieb, so tat er dies auf seine Gefahr, durch seine Unterschrift hat er sich zu dem Inhalte des Schriftstücks bekannt; er muß also so behandelt werden, als ob er das Schriftstück gelesen und dessen Inhalt sich zu eigen gemacht hätte. Hat er tatsächlich keine Kenntnis erhalten, so hat er sie nicht erhalten wollen" . . . . . Eine Pflicht des Vorlegenden nach Treu und Glauben, den Erklärungsempfänger besonders auf das zu unterschreibende Bekenntnis hinzuweisen, wird verneint. ⇛ Ohne Zweifel ließe sich die reichsgerichtliche Auffassung auch auf die unter Anwesenden geschehenden Willenserklärungen anwenden, zu denen ja die vorliegende auch gehört. Dann müßte angenommen werden, daß in einem derartigen Falle die Erklärung zwar nicht zugegangen ist, daß aber der Adressat ihr Zugehen verhindert hat und eine Berufung darauf gegen Treu und Glauben verstößt. Red. ⇚ γ. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 254, R. **05** 591 Nr. 2384: Verletzung von Treu und Glauben, wenn ein Vertragsteil eine Erklärung in der Absicht unterläßt, dem anderen Teile zu einer ihm möglicherweise nachteiligen, ihm selbst aber vorteilhaften Untätigkeit zu verleiten, oder, wenn durch das Stillschweigen der Gegner in die irrige Annahme des Einverständnisses versetzt wird. δ. OLG. Zweibrücken, BayRpflZ. **05** 225 erklärt die exceptio doli generalis für zulässig in einem Falle, wo sich eine Genossenschaft darauf berief, daß die Eintragung des von einem Genossen schriftlich angezeigten Austritts in die Liste der Genossen schuldhaft unterblieben sei,

und Rechte aus der formell noch bestehenden Mitgliedschaft herleiten wollte. ε. **RG.** PucheltsZ. **05** 450 ff.: Unter Umständen darf der Berufung des Schuldners auf die Unmöglichkeit der Leistung von dem anderen Teile mit der Einrede der Arglist begegnet werden. (Fall eines Bauvertrags, vor dessen Erfüllung das Grundstück enteignet wurde.) ζ. Gegen **RG.** SeuffA. **59** 258 ff. — vgl. JDR. **3** § 242 Ziff. 2 dβ — s. Schneider a. a. O. 294/7.

d) Einzelne Anwendungsfälle aus der Rechtsprechung. — α. Pflicht des Käufers, Nachbesserung anzunehmen. S. JDR. **3** § 242 Ziff. 3 b unter ζ (➸ es muß dort „Nachbesserung" statt „Nachlassung" heißen — Red. ⇜) und § 462 Ziff. 5. — αα. **RG.** PucheltsZ. **05** 579 ff., JW. **05** 488/9 Nr. 8. In besonders gearteten Fällen muß ein Recht des Verkäufers, durch Nachbesserung das Wandelungsbegehren des Käufers zu beseitigen, nach §§ 226, 157, 242 BGB. und 346 HGB. anerkannt werden, wenn nämlich die Ausübung des Wandelungsrechts durch den Käufer nur den Zweck haben kann, dem Verkäufer Schaden zuzufügen, oder aus dem nach den genannten Bestimmungen auszulegenden Inhalt des Vertrags die Verpflichtung des Käufers zu folgern ist, die ausgebesserte Leistung gelten zu lassen. (S. u. zu § 462). ββ. OLG. Cöln, PucheltsZ. **05** 656 ff., verneint das Recht des Verkäufers auf Ersatzlieferung und daß die Ablehnung einer angebotenen Ersatzlieferung einen Verstoß gegen § 242 darstelle. β. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 166 ff. — s. u. zu § 254 Ziff. 10 f α: Pflicht, den Schaden des Erwerbers zu beseitigen, trotzdem infolge Gutgläubigkeit bei der Wiederveräußerung kein eigener Schaden mehr vorhanden ist. γ. OLG. Colmar, R. **05** 311 Nr. 1428. Wer ein Geschäft einschließlich dessen Kundschaft verkauft, ist auch ohne ausdrückliches Konkurrenzverbot zur Unterlassung jedes Geschäftsbetriebs verpflichtet, der den Übergang der Kundschaft auf den Käufer beeinträchtigen könnte. Der Käufer kann daher darauf klagen, daß innerhalb gewisser von ihm näher zu bezeichnenden räumlichen und örtlichen Grenzen dem Verkäufer untersagt werde, mit seinem früheren Kunden den gewerbsmäßigen Betrieb der in den Vertragsbereich fallenden Geschäfte fortzusetzen. δ. **RG. 60** 296. Ist im Vertrag auch jede Aufrechnung ausgeschlossen, so gilt dies doch nicht für Ansprüche, die einem Teil aus dem betrügerischen Verhalten des anderen beim Vertragsschlusse entstanden sind. Wer sich solchem Anspruche gegenüber auf die Vertragsbestimmung beruft, handelt gegen Treu und Glauben (§§ 138, 157, 244). ε. **RG. 60** 160 ff., JW. **05** 240, R. **05** 279 Nr. 1261, 645 Nr. 2656 — s. u. zu § 275 Ziff. 2: Keine Pflicht des vertragstreuen Teiles gegenüber dem säumigen zu besonderen Aufwendungen. Preisgebungsrecht. ζ. **RG.** JW. **05** 426 Nr. 3: Keine Verletzung des § 242, wenn der Käufer einen Mangel der Kaufsache rügt, der der beim Abschluß des Kaufes gehegten Verwendungsabsicht nicht entgegenstand. η. OLG. Dresden, SächsA. **15** 625: Aus §§ 157, 242 folgt nicht, daß man gehalten ist, zur Vermeidung eines Prozesses unter allen Umständen mitzuwirken.

§ 243. 1. Pescatore, Wahlschuldverhältnisse 309 ff. — s. Näheres u. zu §§ 262 ff. — gegen den Konzentrationsgedanken. Es handelt sich einzig allein darum, den Schuldner, der seinerseits das zur Erfüllung des Schuldverhältnisses Erforderliche getan hat, gegen die ihm nachteiligen Folgen des trotzdem nicht eingetretenen Erlöschens des Schuldverhältnisses zu schützen. Der verfehlte Konzentrationsgedanke führt zu der Konsequenz, daß, wenn der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche tue, der Schuldner fortan nur noch die dem Gläubiger angebotene Leistung zu bewirken, der Gläubiger nur noch sie zu fordern hat, und daß er dementsprechend die Leistung jeder anderen derselben Gattung angehörenden Sache zurückweisen darf, auch wenn sie von ordnungs=

mäßiger Beschaffenheit ist. Die §§ 157, 242 und 226 sind gegenüber dem klaren Wortlaute des § 243 Abs. 2 machtlos.

2. Einschränkung des Abs. 2 aus § 242. S. JDR. 1 § 243 Ziff. 4, 2 Ziff. 2. — OLG. 10 157, R. 05 223 Nr. 964 (Marienwerder): Nach Treu und Glauben kann sich der Gläubiger auf die nach Abs. 2 eintretende Beschränkung des Schuldverhältnisses nicht berufen, wenn ihm Sachen der geschuldeten Art geliefert werden und er keinerlei Interesse daran hat, gerade diejenigen Sachen zu bekommen, auf welche sich das Schuldverhältnis beschränkt hat. (Lieferung von 3 Kübeln Margarine).

3. OLG. Breslau, R. 05 645 Nr. 2649: Die Verpflichtung, eine Sorte aus der bestimmten Gattung zu leisten, berechtigt den Gläubiger zu Sachen mittlerer Art und Güte aus dieser Gattung mit den der Sorte innewohnenden Eigenschaften, die beim Kaufe als vom Verkäufer zugesichert gelten.

4. **RG.** SächsA. 15 62: Wiederaufleben der alten Gattungsschuld durch Rücknahme der gesonderten Waren seitens des Verkäufers in Verbindung mit der Erklärung, Ersatzware zu liefern.

Literatur (zu §§ 249 ff.): Dronke, Über die Pflicht eines Verletzten, sich ärztlicher Behandlung, insbesondere einer Anstaltsbehandlung zu unterziehen, EisenbE. 22 92—101, 209—220. — Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB. München 1904. — Fuld, Schadensersatzpflicht ohne Verschulden, PucheltsZ. 05 616—623. — Heß, Kausalzusammenhang als projizierter Wunschzusammenhang, AZivPrax. 97 45—86. — Rumpf, Die Teilnahme an unerlaubten Handlungen nach dem BGB. Oldenburg 1904. — Rumpf, Zum jetzigen Stande von der Lehre nach der adäquaten Verursachung, JheringsJ. 49 333—406. — Schierlinger, Das Reichshaftpflichtgesetz und § 254 BGB., SeuffBl. 05 109—118. — Träger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrechte. Marburg 1904. — Werner, Die Schadensberechnung bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschlusse, R. 05 303—305. — Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. für das Deutsche Reich. München 1905.

§ 249. 1. Allgemeines. **a)** Schadensersatzpflicht und Verschulden. S. JDR. 3 § 249 Ziff. 1a und b. — α. Fuld macht auf die Entscheidungen der OLG. Königsberg und Cöln und des RG. aufmerksam, die im Falle der Schädigung eines Bahnanliegers durch Funkenflug aus der Lokomotive aus Billigkeitsgründen Ersatzansprüche unabhängig von dem Nachweis eines Verschuldens gewähren. Er hält den darin zum Ausdruck gelangenden, das vom BGB. angenommene Verschuldungsprinzip durchbrechenden allgemeinen Rechtssatz für ein der Gesetzgebung vorbehaltenes Gebiet, jedenfalls auf dem Boden des BGB. für unbegründet. (S. auch u. § 904 und § 26 GewO.) — ⇝ Das Urteil des RG. s. Ztsch. f. Kleinb. 11 602, FischersZ. 29 189 ff. ⇜ β. **RG.** JW. 05 494 Nr. 20: Jede Schadensersatzpflicht setzt ein Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus. **b)** OLG. Hamburg, SeuffA. 60 466 ff., HansGZ. 05 Beibl. 3/4: Ein Rechtssatz, daß, wenn das Verschulden einer Partei feststeht, welches den eingetretenen Schaden verursacht haben kann, eine Vermutung dafür bestehe, daß der entstandene Schaden auch tatsächlich Folge jenes Verschuldens gewesen sei und es daher Sache desjenigen, welcher für die Folgen des Verschuldens verantwortlich ist, sei, seinerseits nachzuweisen, daß der entstandene Schaden nicht auf das Verschulden zurückgeführt werden könne, besteht nicht. Er besteht auch nicht für die Fälle, in welchen es nach den obwaltenden Umständen dem Beschädigten nicht möglich ist, den konkreten Hergang bei Entstehung des Schadens nachzuweisen. — S. in gleichem Sinne **RG.** JDR. 3 § 249 Ziff. 1a.

2. Begriff. Inhalt. Art und Wesen des Schadensersatzes. S. JDR. 2 § 249 Ziff. 2, 3 Ziff. 2 u. 3.

a) Rehabilitation. Öffentlicher Widerruf. S. insbes. auch JDR. 3 Ziff. 2a. — α. **RG.** 60 12 ff., PucheltsZ. 05 129 ff., ElsLothZ. 05 245 ff., JW. 05 135 ff. Nr. 9, R. 05 193 Nr. 825: Der Beleidiger darf den Be-

leidigten unter Berufung auf § 249 BGB. im Wege des Zivilprozesses nicht zu einem öffentlichen Widerruf und damit zu einer Maßnahme zwingen, die nach allgemeiner wohlbegründeter Meinung eine öffentliche Demütigung in sich schließt, und seit langem von der Gesetzgebung Deutschlands ganz überwiegend als eine den Beleidiger treffende Strafe aufgefaßt und behandelt wurde, als solche aber in das jetzige Strafsystem nicht aufgenommen, vielmehr als mit dem modernen Rechtsbewußtsein unvereinbar durch besondere Bestimmungen ausgeschlossen worden ist. — (Ein Ehemann hatte in sieben Elsässer Tageszeitungen erklärt, für Schulden seiner Ehefrau nicht mehr aufzukommen. Die Frau hatte Klage auf Unterlassung und Abgabe einer Erklärung, daß er das Inserat als unberechtigt und unbegründet zurücknehme, erhoben. Das LG. und das RG. verweisen auf den Weg des Strafprozesses, das OLG. Naumburg hatte verurteilt.) β. AM. Dernburg, JW. **05** 161 ff.: Der in seiner Ehre Verletzte kann Entschädigung in Geld nicht verlangen, es habe denn die Ehrverletzung sein Vermögen unmittelbar oder mittelbar geschädigt. Aber tunlichste Beseitigung der Ehrverletzung kann der Beleidigte beanspruchen, z. B. durch Verbot weiterer Veröffentlichung eines ehrverletzenden Pamphlets, durch Gebot der Zurücknahme einer ehrverletzenden Ausschließung aus einem Vereine. Selbst Klage auf Ehrenerklärung ist zulässig. Ob ein Mittel zur Schadloshaltung nach allgemeiner wohlbegründeter Meinung eine öffentliche Demütigung des Beleidigers in sich schließt, darf für die Prüfung seiner Geeignetheit als Schadensersatz nicht in Rücksicht gezogen werden

b) Bei anfechtbaren Verträgen. S. JDR. **3** § 249 Ziff. 3d, a. o. zu § 123 Ziff. I2. — α. *Werner, R. **05** 303: Ist der Käufer geschädigt, weil der Verkäufer über Eigenschaften der Kaufsache arglistig täuschende Angaben gemacht hatte, ohne die Eigenschaften vertragsmäßig zuzusichern, so kann er stets ohne weiteres Ersatz der Vermögensverringerung verlangen, die er erlitten hat, insofern er sich durch die Täuschung zur Bewilligung eines den wahren Wert der Kaufsache übersteigenden Kaufpreises hat bestimmen lassen. — Diese Ersatzforderung kann er erheben, gleichviel ob der Vertrag erfüllt ist oder nicht. Der Verkäufer kann ihn zur Anfechtung nicht nötigen. Erfolgt sie aber nicht, so ist der Vertrag wirksam und damit die Schädigung eingetreten, weil der Käufer verbindlich eine Schuld übernommen hat, für die er nach dem Vertrage kein Äquivalent in der Forderung auf Leistung der Kaufsache hat. — Über jenen Betrag hinaus kann er Ersatz dessen, was er gehabt hätte, wenn die vorgespiegelte Eigenschaft der Kaufsache innegewohnt hätte, nur verlangen, falls er zu beweisen imstande ist, daß er nach dem voraussichtlichen Laufe der Dinge jenes Mehr auch dann erhalten haben würde, wenn der Verkäufer geschwiegen oder die Wahrheit gesagt hätte. β. **RG. 59** 155 ff., JW. **05** 42 Ziff. 2 — ebenso im Anschluß an diese Entscheidung derselbe Senat, Holdheims MSchr. **05** 235 —: Der durch arglistige Täuschung zum Vertragsschlusse Verleitete ist nicht darauf beschränkt, nach § 124 anzufechten und Ersatz zu verlangen. Auch die Rechtssätze der §§ 826, 252 Satz 1, 249 Satz 1 finden Anwendung. Er kann beim Vertrage stehen bleiben und den ihm durch arglistige Täuschung zugefügten Schaden ersetzt verlangen. (So schon JDR. **3** § 123 zu Ia.) Handelt es sich um eine arglistige Zusicherung, so muß er so gestellt werden, wie er stehen würde, wenn die zugesicherte Tatsache wahr wäre. Es muß der durch den Vertrag bezweckte Zustand hergestellt werden (Beseitigung entgegenstehender Rechte). Bei Unmöglichkeit der Herstellung: Entschädigung in Geld nach § 251. Auch § 250 kommt in Betracht. (S. auch oben zu § 124 Ziff. 1.) — In gleichem Sinne **RG.** GruchotsBeitr. **49** 905 und **RG. 59** 158 Anm. 1, ZBlFG. **6** 337 ff., R. **05** 79 Nr. 280, SeuffA. **60** 442 ff., GruchotsBeitr. **49** 889 ff., JW. **05** 76 Ziff. 11: Es muß insbesondere untersucht werden, wieviel am Kaufpreis oder Tauschzugabe der Getäuschte weniger gezahlt haben würde,

wenn ihm der Mindenertrag der Wirtschaft beim Vertragschlusse bekannt gewesen wäre, und die Differenz kann ihm als Schadensersatz zugesprochen werden. — Sofern er auf Geldentschädigung Anspruch hat, kann sie an sich nach dem Minderwerte des eingetauschten Grundstücks berechnet werden. — S. ferner RG. BadRpr. 05 287.

c) Täuschung durch Dritte. RG. JW. 05 685/6 (s. auch JDR. 2 §§ 249 Ziff. 2, 812 Ziff. 4, 3 § 255 Ziff. 5a): Die Pflicht zur Naturalrestitution führt nicht zu dem Ergebnisse, daß bei einer durch einen Dritten absichtlich erfolgten unrichtigen Zusicherung einer Eigenschaft der Kaufsache der Dritte, der den Kaufpreis nicht erhält, in gleicher Weise wie der Verkäufer als Schaden denjenigen Geldbetrag zu ersetzen habe, der sich aus dem Vergleiche des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustande zu ihrem wirklichen Werte für den Käufer ergibt. Diese zur Berechnung der Kaufpreisherabsetzung unter Vertragschließenden gegebene Vorschrift findet nicht auch Anwendung auf die Schadensberechnung außerhalb bestehender Vertragsverhältnisse. Unabhängig von dem § 472 ist die Höhe des Schadens des getäuschten Käufers aus der Vermögensverminderung zu ermitteln, die er durch die Täuschung erlitten hat (RG. 54 137). Die erlangten Vorteile und zugefügten Nachteile sind miteinander zu vergleichen. (In dem betr. Falle waren die durch den Grundstückserwerb tatsächlich vorhandenen Mieterträge abzuziehen.)

d) Schadensersatz wegen Nichterfüllung. α. *Titze, GerS. 66 179 ff. gegen Fischer, Der Schaden (s. JDR. 2 § 249): αα. Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit besteht immer in Geld, niemals in Naturalherstellung. Denn wenn hier Naturalreparation erfolgt, so wird eben „Erfüllung" geleistet, und nicht Schadensersatz wegen Nichterfüllung (179 ff.). ββ. Besteht der Schaden, den der Ersatzberechtigte erlitten hat, darin, daß er seinerseits Verbindlichkeiten eingehen mußte, und befreit ihn der Ersatzverpflichtete von diesen Verbindlichkeiten, so läßt sich diese Form der Schadensbeseitigung (Exnezuation) nicht unter den Begriff der Naturalherstellung bringen (181). β. RG. JW. 05 686/7 Nr. 8: Bei dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 kann von Anwendung des § 249 Satz 1 nicht die Rede sein; dieser Schadensersatzanspruch ist stets Anspruch auf Entschädigung in Geld. Nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift (§ 326) ist der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ausgeschlossen; § 249 Satz 1 würde aber dahin führen, diesen wieder herzustellen. S. im übrigen u. zu § 326.

3. Vom Kausalzusammenhange, insbesondere der adäquaten Verursachung S. JDR. 1 § 249 Ziff. 2, 2 Ziff. 3, 3 Ziff. 4. a) *Rumpf, Die Teilnahme 38: α. Ob adäquater Kausalzusammenhang zwischen einem menschlichen Verhalten und dem unmittelbaren Schaden vorliegt, entscheidet der Richter auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Kenntnis der Gesetze des Geschehens, die sich mit dem derzeitigen Erfahrungswissen der Menschheit überhaupt deckt, und auf Grund aller ihm zur Zeit der Entstehung des unmittelbaren Schadens bekannt gewordenen Bedingungen des konkreten Falles. β. Ob adäquater Kausalzusammenhang zwischen einem menschlichen Verhalten und dem mittelbaren Schaden vorliegt, entscheidet der Richter, indem er außerdem noch die von dem unter α. gekennzeichneten Standpunkte aus (im voraus) erkennbaren und berechenbaren Bedingungen des nachträglichen Kausalverlaufs in Betracht zieht. b) Träger 159 ff. formuliert den Begriff der adäquaten Bedingung dahin: Eine sich als conditio s. q. n. eines bestimmten Erfolges erweisende Handlung oder sonstige Begebenheit ist dann adäquate Bedingung des Erfolges, wenn sie generell begünstigender Umstand eines Erfolges von der Art des eingetretenen ist, d. h. wenn sie die objektive Möglichkeit eines Erfolges

von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht. — Um das erforderliche Möglichkeitsurteil zu bilden, ist das gesamte Erfahrungswissen zugrunde zu legen, und es sind vorauszusetzen alle zur Zeit der Begehung der Handlung (oder zur Zeit des Eintritts des sonstigen Ereignisses) vorhandenen Bedingungen, die zu diesem Zeitpunkte dem einsichtigsten Menschen erkennbar waren, ferner die dem Täter selbst außerdem noch bekannten. Von den übrigen Bedingungen ist zu abstrahieren. Diese adäquate Verursachung bezeichnet in den Fällen, in denen zur Verantwortlichkeit Verschulden bezüglich des rechtlich relevanten Erfolges in seinem ganzen Umfange verlangt wird, die äußerste Grenze der Verschuldensmöglichkeit, in den übrigen Fällen, wo Verschulden überhaupt nicht oder nicht im ganzen Umfange des rechtlich bedeutsamen Erfolges zur Haftbarkeit verlangt wird, die äußerste Grenze der Haftbarkeit selbst. — Über die Verwertung dieser Theorie des generell begünstigenden Umstandes im Zivilrecht (189 ff.) s. u. zu §§ 823 ff. **c**) Rumpf, JheringsJ. **49** 333—383: Übersicht über die verschiedenen Ansichten, 353—364 über die Bedeutung des Rechtsgefühls für die Lehre von der adäquaten Verursachung. Er tritt grundsätzlich für eine Annäherung zwischen Kulpahaftung und Kausalhaftung ein. Die Verschuldungshaftung ist nur ein besonderer Fall der Gefährdungshaftung (360/361). — 372 ff. schließt er sich der Formulierung Trägers an. 377 wird als Moment für die Annahme des Kausalzusammenhanges auch auf die Anforderungen an die passive Verkehrstüchtigkeit hingewiesen. 381: Erscheint die Abgabe des Kausalurteils vom Standpunkte ex post als unrichtig, so muß von den drei möglichen Standpunkten ex ante der des Richters vorgezogen werden. — S. jedoch Landsberg, DJZ. **05** 922 ff. **d**) Heß a. a. O. 45—86 bestimmt den Kausalzusammenhang als finale, d. h. zweckmäßigste Verbindung zweier Wünsche, diejenige Verbindung, deren sich der Verstand als der zweckmäßigsten bewußt wird, Ursache. — „Ursache ist das zwecks So-Anders-Sein des Erfolges am zweckmäßigsten so-anders zu verlangende objektive Etwas." — Nicht die Dinge stehen im Kausalzusammenhang, sondern nur die sich auf Erfolg und Ursache beziehenden Wünsche (50). Kausalzusammenhang ist diejenige Wunschverbindung, die der Verstand unter all den möglichen Wunschverbindungen nach experimentaler Prüfung als die zweckmäßigste befindet (52). Maßgebend ist α. der Standpunkt des Vorwärts-Schauenden, des handelnden Menschen, der des Wünschenden, ferner β. was die Verkehrsgenossen für zweckmäßig, γ. notwendig befinden müssen (52—55). — § 254 bildet einen wichtigen Beleg für die Richtigkeit der Theorie (61 ff.) (s. u. zu § 254 Ziff. 1e). Verursacht hat, von wem man am zweckmäßigsten ein Anders-Handeln hätte verlangen müssen (64). Dolus und culpa sind psychologisch Daseinsgrund des Kausalurteils und somit des Kausalzusammenhanges (65). Die Handlung allein ist nicht Ursache des Erfolges, sondern nur die schuldhafte Handlung, die Handlung desjenigen, der hätte lassen erkennen und wollen müssen. — Der Wunschzusammenhang wird mit dem Schuldzusammenhang identisch (66). Über Fahrlässigkeit 66/7 — s. u. zu § 276 Ziff. 2 b. Gehaftet wird für die Folgen, um derentwillen man im Verkehre gezwungen ist, von dem einzelnen ein Anders-Handeln zu verlangen. Der Maßstab, womit man zu rechnen hat, liegt im Zweckmäßigkeitsbefinden der Verkehrsgenossen, wie es durch Hinblick auf den Verkehrszweck postuliert wird (68 ff.). „Adäquater Kausalzusammenhang" ist „zweckmäßigster Wunschzusammenhang" (71). **e**) *J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 370 ff.: Die Frage nach dem Kausalzusammenhang ist für Straf- und Zivilrecht in gleicher Weise zu beantworten. Praktisch erheblich ist die Entscheidung darüber, ob das Zivilrecht eine Unterbrechung der Kausalität anerkennt. Ist zum Schadensersatz anzuhalten, wer durch eigene unerlaubte Handlung einem anderen Gelegenheit gibt, durch Täuschung einen Dritten zu schädigen?

4. Prozessuales. S. a. IDR. 2 § 249 Ziff. 6. **a)** RG. ElsLothZ. **05** 525/6: Unrichtig ist die Ansicht, daß, soweit die Zukunft in Betracht kommt, nur die Feststellung der Schadensersatzpflicht möglich oder zulässig sei. Grundsätzlich ist die Zusprechung eines Schadensersatzes nicht ausgeschlossen, welcher nach den sich in die Zukunft erstreckenden Wirkungen einer Vertragsverletzung zu bemessen ist. Als tatsächliche Unterlagen können alle Umstände des einzelnen Falles, z. B. die Dauer der noch nicht abgelaufenen Vertragszeit und der mutmaßliche Verdienstentgang des Klägers berücksichtigt werden. **b)** RG. IW. **05** 284 Nr. 6, R. **05** 311 Nr. 1430: Verlangt der Kläger nicht schlechthin Ersatz des gesamten ihm durch den Unfall entstandenen Schadens, sondern macht er ziffernmäßig genau bestimmte Ansprüche geltend, so darf auch bei einer nur über den Grund ergehenden Entscheidung erkannt werden, ob und inwieweit diese Ansprüche berechtigt sind.

5. Anwendungsfälle. S. IDR. 2 § 249 Ziff. 8, 9, 3 Ziff. 7. — **a)** RG. SeuffA. **60** 219/220: Ein Hypothekengläubiger war bei der Zwangsversteigerung ausgefallen und machte Dritte für den Ausfall verantwortlich, weil mit ihrer Hilfe der Eigentümer das Grundstück in den letzten Tagen vor Einleitung der Zwangsverwaltung durch Abverkäufe devastiert hätte. Das Vorhandensein eines Schadens wurde verneint, weil der Kläger, wenn er auch einen Ausfall an seiner Hypothek erlitten hatte, durch den Zuschlag des weit größeren Wert repräsentierenden Gutes gedeckt ist. **b)** RG. **59** 312/3, SeuffA. **60** 291/2: Anwendung des § 249 gegen einen Schlepper, durch dessen Schuld das geschleppte Schiff in den Zustand der Hilfsbedürftigkeit versetzt worden war, — kein Hilfslohn wegen der Wiederherstellungspflicht. Ist die Hilfsbedürftigkeit nicht ausschließlich auf ein Verschulden des Schleppers, sondern auch auf ein Verschulden des anderen Teiles (der Besatzung des geschleppten Schiffes) zurückzuführen, so ist § 254 nach dem Maßstabe anwendbar, der für die Verteilung des Schadens entscheidet. S. auch unten zu § 254 Ziff. 10f. zu d. **c)** OLG. **10** 195 (KG.): Kündigung eines Dienstverhältnisses als schädigende Ursache; Einbuße des Gehaltsanspruchs als ersatzpflichtiger Schaden, der auch dadurch nicht beseitigt wird, daß der Gekündigte eine andere, gleich gut bezahlte Beschäftigung gefunden hat: lediglich Minderung des Umfanges des entstandenen Schadens. Wiederherstellung nach §§ 249, 251 durch Zubilligung der durch die Vertragsaufhebung entzogenen Einkünfte. **d)** OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 39 ff.: Wird für ein zerstörtes Gebäude Geldentschädigung verlangt, so sind nur die Kosten zu erstatten, welche zur Herstellung des früheren Zustandes notwendig gewesen wären. Es sind nicht die wirklich verausgabten Baukosten maßgebend. **e)** OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 283/4: Umfang des Schadensersatzes bei einem Druckfehler im Inserat eines Adreßbuchs. **f)** Eingehende Berechnung des Wertsersatzes und Schadensersatzanspruchs für einen infolge Kollision total verloren gegangenen Seeleichter s. LG. und OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hauptbl. 277 ff.

§ 252. 1. Träger 253 ff.: Mit dem § 252 sollte nur eine Anweisung für den Richter gegeben werden, wann ein Gewinn als entgangener anzunehmen sei. — Entgangen ist der Gewinn, wenn nach den Umständen des Falles, insbesondere nach den getroffenen Vorkehrungen und Anstalten anzunehmen ist, daß er vom Geschädigten gemacht worden wäre, falls die die Haftung begründende Tatsache nicht eingetreten wäre. — Dies ist stets dann — Gegenbeweis vorbehalten — anzunehmen, wenn der Gewinn vom Geschädigten als wahrscheinlich eintretender vorausgesehen werden konnte, und zwar zu einem Zeitpunkte, in welchem die Vornahme der zur Gewinnerzielung erforderlichen Handlung noch möglich war (259).

2. Über das Verhältnis des § 323 ZPO. zu §§ 252, 843, 844 BGB. s. **RG.** JW. **05** 283 Nr. 4, EisenbE. **22** 64/5, R. **05** 311 Nr. 1429. Bei Zusprechung einer Rente aus §§ 843, 844 hat das Gericht schon jetzt die voraussichtlich künftige Gestaltung der Verhältnisse, welche für die Dauer und den Umfang des Rentenanspruchs maßgebend sind, soweit überhaupt diese künftige Entwickelung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen sich zum voraus ermessen läßt, in Rücksicht zu nehmen. Hierzu gehört für die Regel auch der Einfluß, den erfahrungsgemäß das zunehmende Lebensalter auf die Erwerbsfähigkeit des Berechtigten ausübt bzw. ohne das Dazwischentreten des die Haftpflicht begründenden Ereignisses nach dem natürlichen und normalen Verlaufe ausgeübt haben würde. S. auch **RG.** GruchotsBeitr. **49** 938 ff., 1115, JW. **05** 43 Ziff. 6, 493 Nr. 19 (§ 843), SeuffBl. **05** 604. S. ferner **RG.** JW. **05** 152 Ziff. 38, EisenbE. **21** 392.

3. Berechnung des entgangenen Gewinns infolge Unterganges eines Seeleichters s. LG. u. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 277 ff. u. o. zu § 249 Ziff. 5 f.

§ 254. 1. Allgemeines. Begriff.

a) *Weyl. Nach ihm liegt eine verunglückte Redaktion vor (625). α. Handelt § 254 von sog. „Kulpakompensation" oder nur von Abwägung der vorwiegenden Verursachung? Im zweiten Sinne zu entscheiden, doch können natürlich unter § 254 auch Fälle echter Kulpakompensation fallen (614). Über beide Begriffe im übrigen ausführlich 599—606, 614 ff. β. Über die Frage, ob § 254 ein Anwendungsfall des „Verschuldens gegen sich selbst" ist, 518, 519, 520. γ. Über § 254 und § 827 s. 520, 527. δ. Über § 254 und § 829 s. 512, 585, 600. ε. Über § 254 und § 846 s. 606. ζ. § 254 enthält einen Fall partiellen Fortfalls der Verschuldungsfolgen (620/1). η. Nach Weyl ist es nicht empfehlenswert, zu § 254 von „eigenem Verschulden" zu reden; andere Vorschläge s. 317 ff., 318, 525. — Besonderes zum Begriff „Verschulden" (296 ff.). Dieser Ausdruck ist hier nicht unbedingt (s. 302) im technischen Sinne (wie zu §§ 276 ff.) gebraucht, daher im Systeme nicht als Fall echten Verschuldens zu behandeln, sondern als Fall des Verschuldens „im weiteren Sinne" (507, 508).

b) Träger 327 ff.: Im § 254 wird trotz vorhandenem adäquaten Kausalzusammenhange zwischen der haftungbegründenden Tatsache und der Endwirkung durch das schuldhafte Verhalten des Geschädigten dessen Ersatzanspruch gemindert oder sogar ganz ausgeschlossen. Auf den erweiterten Schuldbegriff des § 276 finden die Begriffsmerkmale des eigentlichen Verschuldens im Rechtssinne entsprechende Anwendung (330 ff., gegen Rümelin 310 ff.). Die schuldhafte Mitwirkung und Unterlassung müssen sich auf die Entstehung des Schadens beziehen (332/3).

c) *Rumpf, Die Teilnahme 107: Ungleich bedeutsamer als die Abwägung der Kausalität des Verhaltens des Schädigers und des Verletzten ist die Abwägung des beiderseitigen Verschuldens. § 254 schließt die letztere Abwägung nicht aus.

d) H. A. Fischer, KrVSchr. **46** 332—340, kritische Bemerkungen zu Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden (JDR. 2 § 254 Ziff. 1): Er hält den Ausgangspunkt für verfehlt. Das Verhalten des Beschädigten, an welches § 254 Ausschluß oder Minderung der Haftung des Schädigers knüpft, sei weder objektiv noch subjektiv rechtswidrig.

e) Heß, ACivPrax. **97** 61 ff. — s. insbes. oben zu § 249 Ziff. 3 d γ: Was im Sinne des § 254 in Wahrheit „vorwiegt", ist nicht ein objektives Plus, sondern das Verlangen, daß anders gehandelt wäre, die subjektive Verknüpfung der auf Erfolg und Ursache gerichteten Verlangen, Wünsche.

f) Träger 344 ff., insbes. 347 ff.: Weder ist der Begriff der wirksameren Bedingung verwertbar, noch ist das „vorwiegende Verursachen“ in Beziehung auf seine generelle Bedeutung zu verstehen, sondern: das überwiegende Verschulden des Schädigers oder des Geschädigten ist entscheidend für die Frage der Haftung, in keiner Weise aber das vorwiegende Verursachen des einen oder anderen Teiles (355). Dieser Satz gilt auch in den Fällen der Haftung für schuldlose Rechtsverletzung (§ 1 HaftpflG., § 833 BGB.): Die Außerachtlassung desjenigen Grades von Aufmerksamkeit, der von jedem vernünftigen Zurechnungsfähigen nach den Umständen des Falles vorausgesetzt werden muß, befreit hier, wenn ohne dieses schuldhafte Verhalten des Verletzten der Schaden nicht eingetreten wäre (360). Liegt allerdings auch auf der Seite des Haftpflichtigen Verschulden vor, so entscheidet wiederum das überwiegende Verschulden (361 ff.), — Zusammenfassung 366.

2. Grundsätzliches aus der Praxis. **a)** RG. JW. **05** 717 Nr. 6: Die richtige Anwendung des § 254 muß in der Regel zu dem Ergebnis, daß der Beschädigte, dessen eigene Arglist den Schaden mit verursucht hatte, niemals Schadensersatz verlangen kann, wenigstens so lange führen, als auf seiten des Beschädigers noch ebenfalls Arglist anzunehmen ist. **b)** RG. R. **05** 469 Nr. 1832: Der Richter hat jedes Verschulden, welches bei dem Beschädigten mitwirkt, zu berücksichtigen; gemäß §§ 276, 122 Abs. 2 steht dem Kennen das Nichtkennen infolge von Fahrlässigkeit gleich. **c)** RG. SeuffA. **60** 308, JW. **05** 283 Nr. 5, EisenbE. **22** 60, R. **05** 311 Nr. 1431: Die Auffassung, daß der Schädiger nur insoweit hafte, als sein Verschulden dasjenige des Beschädigten überwiege, d. h. soweit sich zu seinen Ungunsten ein Überschuß an ursächlichem Verschulden ergebe, ist unzutreffend. Die Fassung, daß „insbesondere“ zu berücksichtigen sei, inwieweit der Schaden „vorwiegend von dem einen oder anderen Teile verursacht worden sei, bezweckt nicht eine Art Aufrechnung des beiderseitigen Verschuldens, sondern bringt nur zum Ausdrucke, daß bei der Teilung des Schadens der Grad der ursächlichen Wirkung des Verschuldens jedes Teiles besonders zu berücksichtigen sei.

3. Mitwirkendes Verschulden der Geschäftsunfähigen. S. JDR. **2** § 254 Ziff. 6b, **3** Ziff. 3. — **a)** Träger 334 ff.: Für das schuldhafte Verhalten des Geschädigten muß Zurechnungsfähigkeit, d. h. Deliktsfähigkeit gefordert werden (336 ff. gegen Croissant, Wendt, Endemann und Rümelin). **b)** RG. **59** 221 ff. — s. a. JW. **05** 15/6 Nr. 8 — hält an seiner Auffassung (JDR. **2** a. a. O.) fest. Der untrennbare Zusammenhang der beiden ersten Sätze des § 276 nötigt dazu, den ersten ebenfalls in dem Sinne auszulegen, daß er eine für alle Schuldverhältnisse gültige Regel geben soll. Die allgemeinen Sätze finden auch auf § 254 Anwendung. Wo dieser von Verschulden spricht, gilt, was für Schuldverhältnisse allgemein gilt, auch für das von Beschädiger und Beschädigtem. Dieser hat hiernach nur Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Bei Minderjährigen greift § 828 ein. Die Sondervorschrift des § 829 kann die Auslegung der §§ 254 und 276 nicht beeinflussen. — Ebenso OLG. Colmar, ElsLothZ. **29** 344, EisenbE. **21** 118: Eigenes Verschulden des noch nicht 7 Jahre alten Verletzten kommt nicht in Frage, — s. bereits JDR. **3** § 254 Ziff. 3b Abs. 1. **c)** Einige Fälle mitwirkenden Verschuldens Minderjähriger. α. OLG. Bamberg, SeuffA. **60** 186 ff.: Fahrradunfall durch Fahren in raschem Tempo auf abschüssiger Straße, ohne daß die Füße auf die Pedale gesetzt waren. Beinbruch eines neunjährigen Mädchens, das auf der Straße spielte. Mitwirkendes Verschulden des Mädchens durch blinden Spieleifer. Bejahung der erforderlichen Einsicht aus § 828 Abs. 2. Beweispflicht der jugendlichen Person, daß sie die Einsicht nicht besessen habe. Wegen

des jugendlichen Alters und der geringen Lebenserfahrung lediglich Schadenstragung in Höhe eines Achtels; dem Beklagten 7/8. — β. OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 273, R. **05** 77 Nr. 265: Eigenes Verschulden des Minderjährigen kann vorliegen, auch wenn dieser die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht gehabt hat. γ. S. auch OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 102 ff.

4. Verhältnis des § 278 zu § 254. S. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 9, 3 Ziff. 6.

a) Allgemeines. α. Dronke, EisenbE. **21** 415, tritt Schröder — s. JDR. **3** a. a. O. — bei. Auch der Haftpflicht gegenüber erfährt der Begriff des „eigenen Verschuldens" des Beschädigten die für diesen Begriff allgemein gültige doppelte Erweiterung des § 254 Abs. 2. Als eigenes Mitverschulden des Verletzten im Sinne der §§ 254 Abs. 2, 278 muß die Unterlassung der Schadensabwendung seitens aller derjenigen Personen gelten, welche „mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut oder zur Pflege des geschädigten Gutes bestellt" waren (**RG. 55** 332). Die Anwendung des § 278 der Eisenbahnhaftpflicht gegenüber tritt selbständig neben die nach Voraussetzungen und Umfang verschiedene des § 831. (Näheres 417.) β. *Fischer, Zurechnung 66/8: Der Beschädigte hat sich das Verschulden dessen, der an seiner Stelle stand, stets nach § 254 zurechnen zu lassen; nicht bloß dann, wenn zum „Aufmerksammachen, Abwenden oder Mindern" eine vertragsmäßige Verbindlichkeit bestand.

b) Bezieht sich die entsprechende Anwendung des § 278 auch auf Abs. 1 des § 254? α. Träger 340 ff.: Der Satz „die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung" muß auch auf Abs. 1 des § 254 bezogen werden (aM. **RG. 54** 410). — Ebenso muß die analoge Anwendung des § 829 auf § 254 für durchaus berechtigt erachtet werden. (AM. **RG.** JW. **03** 122 Nr. 176.) Ebenso Weyl 603/5. β. Dagegen: OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 239: Der letzte Satz des Abs. 2 § 254 bezieht sich lediglich auf die besonderen Bestimmungen dieses zweiten Absatzes, statuiert also ein Recht des Schadensersatzpflichtigen, dem Berechtigten das Verschulden von Hilfspersonen entgegenzuhalten, lediglich für den Fall, daß auf seiten des Beschädigten eine Außerachtlassung derjenigen auf tunlichste Schadensabwendung gerichteten Pflichten vorliegt, von denen in Abs. 2 § 254 die Rede ist. Ebenso bejaht LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 77 ff. gegen Planck (§ 254 Anm. 5): Die Frage, ob der im § 254 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärte § 278 die Haftung des Verletzten für Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, die er zu einer Verrichtung bestellt, auf die Fälle des Abs. 2 beschränkt. Andernfalls wäre der Satz 2 des Abs. 2 als besonderer Abs. 3 eingestellt worden. (Weitere Begründung a. a. O. 78.)

c) OLG. Breslau, EisenbE. **21** 367/8: Anwendung der §§ 278, 254 Abs. 2 Satz 2 im Falle des Verschuldens eines zur Pflege des Gespanns und Frachtwagens der Klägerin bestellten Bierkutschers in Verbindung mit § 25 PrEisenbG.

5. Pflicht des Verletzten, zur Heilung mitzuwirken. S. JDR. **2** § 254 Ziff. 8 (Operationspflicht). — **a**) Aus der Praxis. α. **RG. 60** 147 ff., JW. **05** 201 Nr. 4, EisenbE. **22** 47 ff., R. **05** 279 Nr. 1263: Von demjenigen, welcher an seiner Gesundheit durch einen Unfall geschädigt worden ist, für dessen vermögensrechtliche Folgen ein anderer ersatzpflichtig ist, muß verlangt werden, daß er, soweit er dazu imstande ist, zur Heilung oder Besserung seiner Krankheit die nach dem jetzigen Stande der medizinischen Wissenschaft sich darbietenden Mittel zur Anwendung bringt, und es muß hierbei wenigstens als Regel gelten, daß der Verletzte in solchem Falle nicht anders handeln darf, als es bei gleicher

Gesundheitsstörung ein verständiger Mensch tun würde, der nicht in der Lage ist, die Vermögensnachteile, die ihm bei Fortdauer der Krankheit erwachsen, auf einen anderen abzuwälzen. Für die Beurteilung der Einrede, daß der Kläger, indem er böswillig oder in schuldhaftem Eigensinn unterlassen habe, eine Nervenheilanstalt aufzusuchen, die Fortdauer seiner Krankheit selbst verschuldet habe, ist nicht entscheidend, ob gegenwärtig von der Behandlung in solcher Anstalt ein wesentlicher Erfolg zu erwarten ist, es kommt vielmehr darauf an, welcher Erfolg eingetreten wäre, wenn der Kläger sich rechtzeitig einer Kur in einer geeigneten Anstalt unterworfen hätte. Liegt die Beweislast an sich auch dem Schädiger ob, so ist es doch ausreichend, wenn dieser dartut, daß es ein Mittel gegeben hat, welches nach den Ergebnissen der medizinischen Wissenschaft eine Heilung oder doch eine wesentliche Besserung der Krankheit herbeizuführen geeignet ist, daß dieses Mittel dem Verletzten auch bekannt geworden und seine Anwendung für ihn möglich gewesen ist. Sache des Verletzten ist es dann, die Gründe darzulegen, die ihn von der Anwendung des Mittels abgehalten haben. Erweisen sie sich als bloße Vorwände oder unstichhaltig, so ist der Nachweis, daß die Kur keinen günstigen Erfolg gehabt haben würde, dem Verletzten aufzuerlegen. Diese Verkehrung der Beweislast (**RG. 20** 6) entspricht in derartigen Fällen (vgl. auch SeuffA. **46** Nr. 189 unter I und II) zweifellos der Billigkeit. — Hierdurch bestätigt das Urteil des OLG. Köln, ausführlich mitgeteilt von Dronke (unten zu b α), EisenbE. **22** 90—92. β. Entsch. d. Sächs. LandVersA., FischersZ. **28** 308 ff. geht von der Voraussetzung aus, daß der Verletzte sich, um eine Erhöhung der Rente von der Berufsgenossenschaft zu erlangen, einer mediko-mechanischen Anstaltsbehandlung unterziehen müsse. **b**) Aus der Literatur. α. Dronke bemerkt im Anschluß an die Urteile des OLG. Köln und des RG.: Heute wird allgemein stillschweigend die die Operationspflicht als Unterart mitumfassende (passive) Behandlungspflicht anerkannt. Auch die Heilbehandlung einer einmal entstandenen Verletzung bezweckt die Verhütung der Entstehung weiteren Schadens aus dieser Verletzung. Die durch § 254 Abs. 2 begründete Behandlungspflicht besteht gegenüber jeder zivilrechtlich zu vertretenden Schädigung, gegenüber jedem für den Eingriff in das körperliche Befinden ersatzpflichtigen Dritten. Der Inhalt und Umfang dieser Verbindlichkeit bestimmt sich nach § 242. Unter Zusammenfassung der Ansicht Dernburgs (Bürg. Recht II 76) und des RG. muß man sagen: der Verletzte ist zu den Maßnahmen verpflichtet, die er, wenn keine Ersatzpflicht für die Schädigung bestünde, in der gleichen Lage vernünftigerweise ergreifen würde. Im Einzelfall ist umfassende Mitberücksichtigung aller Umstände geboten (98 ff.): Art und Schwere der körperlichen Schädigung, Art und Umfang, voraussichtliche Dauer ihres Einflusses, Bildungsgrad des Verletzten, Großstadt oder kleiner Ort, Alter usw. Im Zweifel ist zugunsten des Verletzten zu entscheiden. — Besonderes über die Operationspflicht 99: nur wenn sie ungefährlich ist und ohne erhebliche Schmerzen sichere Heilung verspricht (Dernburg 76). — Besonderes über das Wahlrecht des Verletzten, wenn mehrere Krankenkassen, Heilanstalten oder Badeorte in Frage stehen (99/100). U. U. muß der Ersatzpflichtige die Mittel bereitstellen. Zur Benutzung bestehender Kassen- oder sonstiger Wohlfahrtseinrichtungen ist der Verletzte verpflichtet, nicht aber im Zweifel zur Inanspruchnahme von Wohltätigkeitsanstalten oder gar der öffentlichen Armenpflege. 209 ff. wird betont: nur der schuldhafte Verstoß gereicht zum Nachteil des Verletzten und zum Vorteil des Ersatzpflichtigen. Der Verletzte muß sich mit größerer Sorgfalt seine Heilung angelegen sein lassen, wenn er den Schädiger lediglich auf Grund einer ein Verschulden nicht voraussetzenden Haftung (z. B. § 1 HaftpflG.) in Anspruch nimmt, als wenn sein Ersatzrecht sich auf ein Verschulden des Pflichtigen gründet (213).

Besonderes über die Beweislast 214 ff. im Anschluß an die Entsch. des RG. (s. oben zu a α). β. Nach Heß 62 ist entscheidend, ob die Operation durch das Leben nicht gerechtfertigt, nach dem Verstand unzweckmäßig gewesen wäre. γ. Nach Weyl 601 ist die Ablehnung der Operation für den Ersatzanspruch des Beschädigten verhängnisvoll, sofern ihm im Einzelfalle füglich zugemutet werden konnte, sich der Operation zu unterziehen (Literaturangabe a. a. O.).

6. Feststellung im Prozesse. S. JDR. **3** § 254 Ziff. 7. **a) RG.** SeuffA. **60** 352, JW. **05** 645 Nr. 13, wie JDR. **3** § 254 Ziff. 7: Feststellung des mitwirkenden Verschuldens schon im Verfahren über den Grund des Anspruchs. **b) RG.** JW. **05** 44/5 Ziff. 8: Solange Art und Umfang des Verschuldens des Schädigers und dessen ursächliche Bedeutung für den Unfall gar nicht feststeht, kann nicht abgemessen werden, inwieweit der Schaden von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist.

7. Verhältnis des § 1 HaftpflG. zum § 254. S. JDR. **2** zu § 254 Ziff. 10, **3** HaftpflG. § 1 VII, § 254 Ziff. 8 u. **4** zu § 1 HaftpflG. VII. — **a)** Herrschende Ansicht. α. **RG.** JW. **05** 77/8 Nr. 13, EisenbE. **21** 290, R. **05** 133 Nr. 558: Ein Unfall, der „bei dem Betrieb einer Eisenbahn" sich ereignet und die Verletzung einer Person zur Folge hat, ist niemals allein auf das Verschulden des Verletzten als Ursache zurückzuführen. Ein solches kann nur als mitwirkende Ursache in Betracht kommen, nicht als alleinige. Auch wenn daher irgendwelche Umstände nicht vorliegen, die die mit dem Betrieb einer Eisenbahn überhaupt verbundene Gefahr erhöht haben, muß diese Gefahr gegen das Verschulden des Verletzten abgewogen werden. Diese Abwägung kann auch dazu führen, daß dem Verletzten jeder Anspruch zu versagen ist. β. Zustimmend der Praxis des RG.: Weber, EisenbE. **21** 81. γ. *Schierlinger a. a. O. wendet sich gegen mehrere neuere Autoren (Eger, Kommentar (5) 161, Reindl, Textausg. 80 ff., Henle-Fischer Note 5 zu EG. Art. 42, Rutz, SeuffBl. **99** 91), die § 254 für nicht unbedingt anwendbar erachten, auf Grund der reichsgerichtlichen Rechtsprechung seit 1902, indem er umgekehrt die §§ 1 und 2 HaftpflG. als durch § 254 modifiziert ansieht. Das RG. ermäßigt bei konkurrierendem Verschulden vielfach den Umfang der Unternehmerhaftung mit Rücksicht auf das Maß des Mitverschuldens auf seiten des Verletzten; wofern letzteres nicht stark überwiegt, wird der Schaden auf beide Parteien verteilt (speziell gegen Dernburgs Ansichten zu § 2 HaftpflG. (BürgR. II 655 § 401), vgl. Schierlinger a. a. O. 116 ff.). **b)** Abweichend. α. Eger, EisenbE. **21** 335/6 stimmt v. Königslöw — JDR. **3** § 254 Ziff. 8a — zu. β. ➠ Eine von der ständigen Rechtsprechung abweichende Auffassung von dem Verhältnisse des § 254 BGB. zum § 1 HaftpflG. läßt das Urteil des OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 114 vermuten. „Ist hiernach", heißt es dort — es stand ein Eisenbahnunfall zur Erörterung —, „ein Verschulden auf seiten des beklagten Fiskus nicht dargetan worden, so ist auch die Vorschrift des § 254¹ BGB. über konkurrierendes Verschulden hier nicht anwendbar." Es scheint danach, als ob das OLG. ein besonderes Verschulden des nach dem HaftpflG. Haftpflichtigen verlangt, um § 254 BGB. zur Anwendung zu bringen. Das wäre aber offensichtlich unzutreffend. — Red. ⟵ Anscheinend ebenfalls in diesem Sinne OLG. Braunschweig, R. **05** 164 Nr. 681: Insbesondere auf Fälle des § 1 HaftpflG. ist § 254 Abs. 2 nicht anzuwenden, woselbst hinsichtlich der Befreiung des Betriebsunternehmers von der Schadenshaftung nur das eigene Verschulden des Verletzten der höheren Gewalt gleichgestellt ist. **c)** Besonderes von der Mitwirkung des Verschuldens der Angestellten des Beschädigten. α. Dronke, Einfluß des Verschuldens von Angestellten des Beschädigten auf die Haftung des Eisenbahnunternehmers, EisenbE. **21** 295—303, erörtert 413—422 die Anwendung des § 254 im

Anschlusse an die reichsgerichtliche Rechtsprechung für die Fälle, daß der Haftpflicht eines Eisenbahnunternehmers das Verschulden eines zu einer Verrichtung bestellten Angestellten des Verletzten gegenübersteht. — Über das Verhältnis des § 278 zu § 254 Abs. 2 Satz 2 s. o. Ziff. 4 a α. — S. weitere Einzelheiten 418 ff. — Gegen **RG. 56** 154 ff. — s. **JDR. 3** Ziff. 8 b — a. a. O. 418. Das Verschulden eines Bahnangestellten ist, wenn überhaupt ein Bestandteil der Betriebsgefahr, doch sicherlich kein nur dem Bahnbetrieb eigentümliches Merkmal der besonderen Eisenbahnbetriebsgefahr; auch kann von einer Steigerung der Ursächlichkeit der objektiven besonderen Betriebsgefahr durch Hinzutreten eines subjektiven Verschuldens nicht wohl die Rede sein. — Prozessuale Gliederung s. 419 Anm. 2. — Verhältnis zum § 25 des pr. EisenbGes. v. 3. 11. 38 (Sachbeschädigung) a. a. O. 420 ff. Er hält die Vorschriften der §§ 831 und 254 Abs. 2, nicht aber die des § 254 Abs. 1 für anwendbar. Ist daher ein durch den Eisenbahnbetrieb verursachter Sachschaden durch das Verschulden eines Angestellten des Beschädigten herbeigeführt worden, so muß dieser selbst den Schaden tragen, und der Eisenbahnunternehmer ist von der Haftung frei; eine Verteilung des Schadens nach den Umständen findet nicht statt. β. Träger 367 ff. bekämpft die neuere Praxis des **RG. 56** 157 u. a. m., das Verschulden der Angestellten des Betriebsunternehmers nur in der Eigenschaft eines die Betriebsgefahr steigernden Moments zu würdigen. — Nach ihm ist nicht nur das Verschulden der verfassungsmäßigen Organe, sondern auch das aller übrigen Angestellten bei den Betriebsunfällen einer Eisenbahn selbständig in Betracht zu ziehen und dem des Verletzten gegenüberzustellen, und zwar ist hier wiederum nach dem Verhältnisse der Größe des beiderseitigen Verschuldens über Entstehung und Umfang des Schadensersatzanspruchs zu entscheiden (373).

8. Verhältnis des § 833 zum § 254. Vgl. **JDR. 2** § 254 Ziff. 1, **3** Ziff. 9. — **RG.** BayRpflZ. **05** 450: Anwendung des § 254 geboten in einem Verhältnisse zwischen Dienstherrn und Kutscher bei Verletzung des Kutschers durch das Pferd. — S. u. zu § 833. — S. ferner **RG.** ebenda 468/9. — **RG. JW. 05** 528 Nr. 7 verlangt Prüfung unter dem Gesichtspunkte des § 254 bei dem Unfall eines Kutschers, der durch die Pferde seines Dienstherrn verletzt wurde. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 255 verneint den Schadensersatzanspruch aus § 835 wegen überwiegenden Verschuldens des Verletzten, der die Leitung des betr. Fuhrwerkes gegen den Willen des Tierhalters übernommen hatte. Der Schaden sei in letzter Linie durch ihn selbst verursacht worden. (S. darüber u. zu § 833.) Daneben kommt § 254 in Betracht: eigenmächtige Benutzung des Pferdes als außerordentlich grobes Verschulden.

9. Verhältnis des § 835 zu § 254. S. **JDR. 1** zu § 254 Ziff. 5, **2** Ziff. 11 b, 12 b Abs. 2. — **RG. JW. 05** 367 Nr. 4, R. **05** 469 Nr. 1831: Da der Grundstückseigentümer gesetzlich nicht verpflichtet ist, Schutzvorrichtungen zu treffen, durch welche die Beschädigungen durch Wild verhütet werden, so kann in der Unterlassung solcher Vorrichtungen nicht ohne weiteres ein mitwirkendes Verschulden des Eigentümers (§ 254) gefunden werden. Aufwendungen, zu denen sich ein sorgsamer Mensch zur Abwendung eines Schadens, den er selbst zu tragen haben würde, zweckmäßigerweise entschließt, werden jedenfalls nicht im allgemeinen auch von demjenigen erwartet werden können, dem ein zum Schadensersatz Verpflichteter gegenübersteht. In der Regel wird es vielmehr diesem überlassen werden können, die erforderlichen Abwehrvorrichtungen zu treffen. Insbesondere wird dies z. B. der Fall sein, wenn ein Wildschaden, für den ein Jagdberechtigter bzw. Jagdpächter aufzukommen hat, nicht in bestimmter Aussicht steht oder nicht so nahe bevorsteht, daß nicht noch dem zum Schadensersatze Verpflichteten die Vornahme von Abwehrmaßregeln anheimgegeben werden könnte,

oder wenn Aufwendungen erforderlich werden, die billigerweise dem Grundeigentümer nicht angesonnen werden können. Vgl. auch PrOVG. **42** 269, JDR. **2** a. a. O.

10. Einzelfälle. — Aus der Rechtsprechung. —

a) Zum § 1 HaftpflG. Vgl. a. u. zu § 1 HaftpflG. Ziff. VI.

α. Straßenbahnunfälle. S. JDR. **2** Ziff. 12a, **3** 10a. **RG.** JW. **05** 170 Nr. 8 EisenbE. **22** 38 R. **05** 250 Nr. 1105: Ein Rechtssatz, daß allemal vor dem Überschreiten eines Straßenbahngleises erst nach beiden Seiten Umschau zu halten ist, besteht nicht. In den meisten Fällen, wo jemand überfahren wird, wirkt jedoch ein eigenes Verschulden dieses Menschen mit. Wer z. B. schwerhörig ist oder wenn übermäßiger Straßenlärm jede Einzelwahrnehmung mittels des Gehörs verhindert, dann erfordert die gewöhnliche Sorgfalt, keinenfalls ohne vorherige Umschau sich dem Gleise zu nähern. Der Umstand, daß sich der Verkehr damals auf der betr. Strecke nicht auf dem rechten, sondern dem linken Gleise bewegte, kann nur bewirken, daß das Verschulden als ein minder schweres erscheint, als es sonst sein würde. — **RG.** JW. **05** 14 ff. Nr. 7, EisenbE. **21** 378 ff., R. **05** 106 Nr. 385: Zusammenstoß eines Wagens mit einem Motorwagen. Die Ansicht des OLG. Dresden, die Gewöhnung an den Straßenverkehr der Großstadt und den Betrieb elektrischer Straßenbahnen bewirke, daß sehr häufig in Großstädten Geschirre trotz des Nahens elektrischer Wagen in gefahrdrohender Nähe und trotz des Bestehens von polizeilichen Strafvorschriften die Bahngleise noch zu kreuzen wagen, indem sie darauf vertrauen, daß der Motorwagenführer durch rechtzeitiges Bremsen die Geschwindigkeit seines Wagens herabmindern und damit einen Zusammenstoß verhüten werde, wird nicht gebilligt. Je stärker der Straßenbahnverkehr sich entwickelt, desto höhere Ansprüche müssen an die Sorgfalt der Fußgänger und der Geschirrführer gestellt werden, damit sie die Gefahren vermeiden, die der gesteigerte Verkehr sowohl ihnen selbst, wie den Straßenbahnzügen bringen kann. Der Führer eines Straßenbahnwagens hat bestimmte Fahrzeiten einzuhalten, das Publikum greift in den Betrieb störend ein, wenn es ihn zwingt, die von ihm angewendete zulässige Fahrgeschwindigkeit zu vermindern. Da der Beschädigte auch nicht genügend Umschau gehalten, so ist sein Verschulden als ein schweres anzusehen. Demgegenüber konkurrierendes Verschulden des Wagenführers: daß er den anfänglich gebremsten Motorwagen in der Überzeugung, das Geschirr werde alsbald über den Schienen sein, wieder hat schneller gehen lassen; er durfte sein Verhalten nicht so einrichten, als müsse seine Schätzung notwendig richtig sein, während sie doch leicht falsch sein konnte; er muß unter allen Umständen den Wagen zum Halten bringen oder die Fahrgeschwindigkeit ermäßigen, wenn er jemanden vor sich in unmittelbar drohender Gefahr sieht, die sicher nur durch Verminderung der Fahrgeschwindigkeit oder durch Anhalten abgewendet werden kann (Verteilung nach Hälften). — **RG.** JW. **05** 686 Nr. 7: Schadensersatzanspruch nur in Höhe von 1/4 für begründet erkärt. Der Kläger war nicht durch besondere örtliche Verhältnisse gehindert, vor dem Betreten des Gleises den schon nahenden Motorwagen wahrzunehmen. Allein sein Wunsch, noch vor dem Fuhrwerke die Straße zu kreuzen, und der Warnungsruf seines Begleiters, den er nicht verstand, haben seine Aufmerksamkeit von dem abgelenkt, worauf er notwendig zu achten hatte. ➠ Kann „der Warnungsruf seines Begleiters, den er nicht verstand", dem Verletzten als Verschulden angerechnet werden? — Red. ⟵ **RG.** HansGZ. **05** Beibl. 312: Abwägung der durch Nähe der Gleise am Bürgersteig, erschwerte Wahrnehmung der Glockensignale usw. erhöhten Betriebsgefahr — s. das Nähere bereits JDR. **3** § 254 Ziff. 10 a α Abs. 2 — gegen die erhöhte Aufmerksamkeit, die die Sachlage erforderte (Klageantrag zu einem

Drittel als begründet erklärt). — RG. JW. 05 119 Nr. 25: Wenn üblicherweise auf der fraglichen Strecke von den Motorwagen Glockenzeichen gegeben werden, so darf das Publikum darauf vertrauen, rechtzeitig durch ein solches auch bei herrschendem Straßenlärm vernehmbares Läuten gewarnt zu werden, und sich, solange ein Glockensignal noch nicht vernehmbar, in der Nähe des Gleises bewegen zu können. — RG. JW. 05 490 Nr. 10: Überwiegendes Verschulden des Verletzten in Höhe von $^3/_4$ des entstandenen Schadens: er hat die Straße an einer Stelle kreuzen wollen, wo zwei Straßenbahngleise liegen, auf denen die Wagen in entgegengesetzter Richtung fahren. Indem er dabei auf einen vom Bahnhofe herankommenden Wagen achtete und hinter diesem das erste Gleis überschritt, hat er das zweite Gleis betreten, ohne sich vorher danach umzusehen, ob nicht auf ihm ein Wagen aus der entgegengesetzten Richtung komme. Wegen der durch den Betrieb auf zwei dicht nebeneinander liegenden Gleisen erhöhten Betriebsgefahr Belastung der Beklagten mit einem Vierteile des Schadens. — RG. GruchotsBeitr. **49** 1112 ff., JW. **05** 43 Ziff. 6, EisenbE. **21** 288/9, R. **05** 106 Nr. 384: Das Betreten des Trittbretts eines Wagens der Straßenbahn zum Zwecke des A b s t e i g e n s noch während der Fahrt stellt nicht unter allen Umständen ein Verschulden des Fahrgastes dar; doch ist ein solches nur dann nicht anzunehmen, wenn in den begleitenden Umständen keinerlei Erschwerung und Hindernis beim Absteigen gegeben ist, und der Fahrgast auf dem schmalen Trittbrette sich vollständig sicher auch gegenüber dem beim Anhalten zu erwartenden Rucke fühlen kann. Im vorliegenden Falle waren solche hindernden Umstände aber darin enthalten, daß einmal nasse Witterung mit Schneefall herrschte und auch auf dem Trittbrette Schnee sich befand, der das Feststehen erschwerte, sodann aber der Verunglückte unter dem rechten Arme ein Paket trug, das es ihm unmöglich machte, im Augenblicke des Ruckes mit der rechten Hand eine der Griffstangen zu erfassen und so sich vor dem Herabstürzen zu schützen. (Belastung des Verletzten mit einem Drittel des Schadens.) ⋙→ Diese Entscheidung handelt nur von dem B e s t e i g e n d e s T r i t t b r e t t s während der Fahrt zum Zwecke des Absteigens an der Haltestelle, nicht etwa vom „Abspringen" während der Fahrt; hierin würde wohl auf alle Fälle ein überwiegendes Verschulden des Fahrgastes gefunden werden. Red. ←⋘ — RG. JW. **05** 78 Nr. 13: Unfall eines Knaben beim Überschreiten der Gleise in einer Entfernung von zwei Schritten vom Motorwagen; die Schuld etwas gemildert durch die Jugend und den Umstand, daß seine Aufmerksamkeit infolge der Unterhaltung mit einem Dritten von den Gleisen abgelenkt war. Ersatzanspruch in Höhe eines Viertels des entstandenen Schadens. — OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 130 ff.: Kein eigenes Verschulden des Verletzten, der, durch ein fälschlich eine Wagenlänge vor der Haltestelle gegebenes Haltesignal, das fast gänzliche Aufhören der Fahrt und das Aussteigen eines Fahrgastes g e t ä u s c h t, während in Wahrheit nur wegen des Stellens der Weiche die Fahrt bis auf ein kaum fühlbares Minimum ermäßigt war, abstieg und zu Falle kam, weil der Wagenführer in diesem Augenblicke den Motor wieder anziehen ließ. — OLG. Stuttgart, WürttZ. **17** 143 ff.: Absturz des Verletzten von der hinteren Plattform in einer Kurve der Bahn, Tod an den Folgen des Sturzes auf die Straße. Verurteilung der Gesellschaft zum Ersatz eines Vierteils des Schadens. Mitwirkendes Verschulden: Unterlassung, sich festzuhalten oder anzulehnen. Besondere Betriebsgefahr: die Stuttgarter Straßen- und Bodnverhältnisse, die häufig, namentlich auch auf berganführenden Strecken, zu starken Kurven nötigen. — OLG. Dresden, SächsA. **15** 234 ff., EisenbE. **22** 20 ff.: Verteilung nach Hälften. Übergang über das Bahngleis unmittelbar bei einer Plakatsäule, die den Blicken den Ausgang derjenigen Hälfte des unter der Staatseisenbahn gelegenen Straßenbahntraktes entzog, in

der die Straßenbahngleise lagen. Erhöhte Betriebsgefahr: die Anlage der Straßenunterführung und die Plakatsäule brachten es mit sich, daß für eine Person, die unter dem Eisenbahnviadukte hindurch nach der Säule zu ging, eine Strecke von 8—9 Meter des Gleises der elektrischen Straßenbahn nicht sichtbar war, daß zur Zeit des Unfalls gerade ein Eisenbahnzug über den Viadukt hinweggefahren ist und die Signalglocke des Motorwagens keinen hellen Ton beim Läuten gegeben hat. — Ähnlich das Urteil SächsA. ebenda 238 ff. Anm. 1. — **RG.** SeuffA. **59** 224 ff. — s. JDR. **3** § 254 Ziff. 10 a α Abs. 2 — jetzt auch EisenbE. **21** 14 ff. — **RG.** GruchotsBeitr. **48** 874 ff., JW. **04** 287 Nr. 6 — JDR. **3** § 254 Ziff. 10 a α auf 100 — s. jetzt auch EisenbE. **21** 66 ff.

β. Eisenbahnunfälle. S. JDR. **3** § 254 Ziff. 10 a β. — αα. Beweislast. **RG.** JW. **05** 696 Nr. 23: In Fällen, wo ein Hergang dargetan ist, dessen Gestaltung nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge eine eigene Handlung des Verletzten als die Ursache des Unfalls und diese Handlung als schuldhafte Gefährdung des eigenen Lebens erscheinen läßt, dem Betriebsunternehmer nicht anzusinnen, auch noch zu behaupten und nachzuweisen, daß das aus der festgestellten Sachlage an sich erhellende eigene Verschulden des Verletzten nicht durch irgendwelche besondere Umstände ausgeschlossen werde, und es kann allein daraus, daß solche Umstände denkbar sind, nicht die Folgerung abgeleitet werden, daß der dem Betriebsunternehmer obliegende Beweis nicht erbracht sei. Es ist in solchen Fällen vielmehr regelmäßig Sache der klagenden Partei, darzutun, daß solche Umstände vorgelegen haben. ββ. Einzelfälle. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1108 ff., JW. **05** 112 Nr. 6, EisenbE. **21** 292 ff., R. **05** 164 Nr. 682: Kurz vor einer Station hielt der Zug. Eine mitfahrende Frau glaubte, er sei am Ziele, und stieg aus. Ihr Versuch, wieder einzusteigen, als sie den Irrtum wahrnahm, war nicht ausführbar, weil der Zug sich wieder in Bewegung setzte. Sie trat, um nicht von den Laufbrettern der Wagen gefaßt zu werden, etwas seitlich zurück und stürzte einen dort befindlichen Abhang hinunter. — Das RG. verlangt die Anwendung des § 254: Gerade, weil die Züge öfter nicht gleich in die Bahnhöfe einfahren können und darum erfahrungsmäßig vor dem Einfahrtssignal halten müssen, macht die im Verkehr erforderliche Sorfalt dem Reisenden zur Pflicht, beim Halten des Zuges nicht ohne Prüfung der Örtlichkeit auszusteigen, sondern auf den Ausruf der Schaffner, auf den erleuchteten Bahnsteig u. dgl. zu achten. (Zurückverweisung an das OLG. Hamm.) — **RG.** PrEisenbA. **05** 722, EisenbE. **22** 12/3: Die Hingabe an eine hochgradige, wenn auch berechtigte Erregung in einem Maße, da die Denk- und Willensfähigkeit fast völlig aufgehoben wird, und das Losstürzen auf einen in unmittelbarer Nähe des Zuges befindlichen Beamten in blinder Wut, ist mitwirkendes Verschulden. (Verteilung nach Hälften.) — **RG.** JW. **05** 229 Nr. 4, EisenbE. **22** 54/5, R. **05** 279 Nr. 1264: Unfall infolge mangelnder Umschau auf dem Eisenbahngleis. Auf der anderen Seite: Versagen des Läutewerkes an der Lokomotive wegen des herrschenden starken Sturmes, mit dem die Verletzte noch kämpfen mußte. Daher: Verteilung des entstandenen Schadens. — OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 1 ff.: Mutwillige Übertretung des Verbots, die Plattform nicht zu betreten. Abweisung der Ersatzklage gegen die Versicherungsgesellschaft wegen eigenen Verschuldens. — OLG. Kassel, SeuffA. **60** 279 ff.: Eisenbahnunfall beim Überschreiten von Gleisen zum Zwecke des Umsteigens durch Fallen auf dem holperigen Gleis infolge raschen Laufens. Kein Verschulden, wo die Beamten zur Eile angetrieben hatten. Ebensowenig wurde ein Verschulden darin gefunden, daß die Verletzte einen Reisekorb von ungewöhnlichem Umfange vor sich hertrug. — OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 113 ff.: Eigenes Verschulden einer schwerhörigen Frau beim Betreten des Bahnkörpers. Abweisung der Klage. — **RG.** GruchotsBeitr. **48**

877 ff., JW. **04** 232/3 — JDR. **3** § 254 Ziff. 10aβ Abs. 1 — s. jetzt auch EisenbE. **21** 52 ff.

b) Automobilunfälle. S. JDR. **3** § 254 Ziff. 10b. — **RG.** SeuffA. **60** 14/5, EisenbE. **21** 58 ff., s. schon JDR. **3** § 254 Ziff. 10b Abs. 2. — OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 309/10: Zu schnelles Fahren auf der einen, plötzliche Annäherung des Verletzten auf der anderen Seite.

c) Weitere körperliche Unfälle. S. JDR. **2** Ziff. 12c, **3** Ziff. 10c.

α. Auf Straßen. — OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 241 ff.: Ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß jeder Fußgänger verpflichtet sein sollte, beim Betreten der Fahrstraße besondere Vorsicht anzuwenden, insbesondere vorher Umschau zu halten, kann nicht aufgestellt werden. — **RG.** JW. **05** 199/200 Nr. 1: Wenn ein Verkehr, der eine Beleuchtung erfordert, nicht besteht (in einer kleineren Gemeinde) und es dem Verunglückten bekannt war, daß die Straße um die Zeit seines Heimwegs am Unfallsabende nicht mehr beleuchtet ist, so liegt für ihn eine Veranlassung zu besonderer Vorsicht vor; und wenn er sich nicht mit einer Handlaterne versehen hat, so muß er in der Dunkelheit langsam, Schritt für Schritt seinen Weg suchen. — **RG.** JW. **05** 284 Nr. 6: Konkurrierendes Verschulden einer Landgemeinde beim Unfall auf nicht genügend bestreuter, mit Glatteis überdeckter Straße und des Verletzten. Schadensersatzanspruch nur in Höhe eines Viertels für begründet erklärt, wegen Vorhandenseins eines zweiten ungefährlicheren Weges. — **RG.** JW. **05** 491 Nr. 12: Absturz vom Trottoir der Ludwigsstraße in Bayreuth in die unverwahrte und ungenügend beleuchtete Einfahrt des Nachts um $11^{1}/_{2}$ Uhr im November. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten, der sich nur mit besonderer Vorsicht gegen eine dunkle Stelle hätte bewegen dürfen und auch auf dem beleuchteten Teile des Trottoirs hätte bleiben können, auch nicht einmal so vorsichtig war, beim Vorwärtsgehen mit Stock oder Fuß zu untersuchen, ob er ungefährdet fortgehen könne. (Verteilung des Schadens nach Hälften.) — OLG. **10** 158/9 (Hamburg): Die im Straßenverkehr erforderliche Sorgfalt gebietet jedem Passanten eines engen und von Fuhrwerken aller Art viel befahrenen Weges, besonders wenn er alt und schwerhörig ist, den Fahrdamm nur unter sorgfältiger Umschau zu passieren. Die Unterlassung dieser Vorsichtsmaßregel ist eine sehr grobe Fahrlässigkeit. (Auferlegung des Schadens auf den Beschädigten in ganzer Höhe.) — OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 263 ff.: Wenn durch Ausschachtung auf dem Bürgersteige der dort dem Publikum zustehende ungehinderte Verkehr unterbrochen wird, so muß es auf die eingetretene Verkehrsstörung aufmerksam gemacht werden, und zwar um so auffälliger, je stärker der betr. Bürgersteig begangen wird. Die Sicherheitsmaßregeln müssen auch gerade die Sicherheit desjenigen Teiles des Publikums gewährleisten, der, sei es durch Gebrechen oder aus sonstigen Gründen, nicht imstande ist, ein der Fortsetzung seines Weges sich entgegenstellendes Hindernis rechtzeitig zu entdecken. Es kann den auf dem Bürgersteige Verkehrenden keineswegs zugemutet werden, sich dort, wo sie keinen Anlaß haben, eine Gefahr zu befürchten, auf Schritt und Tritt umzusehen, ob ihnen nicht doch von irgendeiner Seite Gefahr drohen könnte. (Absturz einer schwangeren Frau, die ihr einjähriges Kind auf dem Arme trug, von dem Trottoir in einen Schacht: Verurteilung des Unternehmers in ganzer Höhe.) — OLG. Jena, ThürBl. **52** 240 ff.: Konkurrierendes Verschulden der Gemeinde, die einen öffentlichen Platz ohne Beleuchtung ließ, und des Verletzten, der ihn in der Dunkelheit überschritt, obwohl er wußte, daß er soeben mit Buden bebaut worden und dadurch nicht nur schon an sich in dem gewöhnlich den Passanten freistehenden Raum beengt, sondern auch der Gefahr der Belegung mit sonstigen Verkehrshindernissen ausgesetzt war, ohne sich vorher Beleuchtung zu verschaffen oder nur so langsam und tastend vorzugehen, daß die

Gefahr eines Falles ausgeschlossen war. — OLG. Bamberg, BayRpflZ. **05** 394: Des Nachts beim Verlassen eines Hotels stürzte der Verletzte in eine Vertiefung im Trottoir und brach den Fuß. Konkurrierendes Verschulden des Verletzten und der Gemeinde, die den betr. Einfahrtswinkel nicht gefahrlos hergestellt hatte: Verteilung nach Hälften.

β. In Gebäuden. S. JDR. **3** a. a. O. zu γ. — **RG.** JW. **05** 44 Ziff. 7, DJZ. **05** 122 Nr. 8 (s. auch u. zu § 276 Ziff. 6 a zu δ): Unfall auf einem an dem Eingange zu einem Keller vorüber zu der Toilette gehenden Korridor in einem Wirtshause. Mitwirkendes Verschulden des Gastes, der einen ihm unbekannten Korridor betrat, ohne für das mit Leichtigkeit zu beschaffende Licht zu sorgen, und sich auf einen aus dem Restaurationssaale auf den Korridor dringenden schwachen Lichtschimmer verließ. (Haftung des Wirtes in Höhe von zwei Dritteilen des Schadens, Abweisung in Höhe des anderen Drittels.) S. auch ähnlichen Fall **RG.** JW. **05** 45 Ziff. 9 (s. auch u. zu § 276 Ziff. 6 a zu α): Das Betreten eines unbeleuchteten Ganges muß gerade bei ländlichen Verhältnissen immer als unvorsichtig erachtet werden, da leicht irgendwelche Wirtschaftsgegenstände, wie Stallgerätschaften, einmal auch an einem Orte stehen können, wo sie nicht stehen sollen; wer sich ohne Licht auf den Gang begibt, muß mindestens, wenn er auch nicht gerade tastend sich weiter bewegen muß, langsam und vorsichtig schreiten. — **RG.** JW. **05** 78 Nr. 14, EisenbE. **21** 291: Jedermann muß bei Begehung von Treppen, die ihm nicht durch vielfache Benutzung ganz genau bekannt sind, aufmerksam sein und auf den Weg achten; er kann auch nicht erwarten, daß alle Stufen von absolut gleicher Höhe sind, und muß mit kleinen Unterschieden rechnen. (Konstruktionsfehler einer Treppenstufe einer Bahnhofstreppe. Unfall durch Stolpern. Abweisung der Klage.) — OLG. Karlsruhe, Bad. Rpr. **05** 267/8, R. **05** 678 Nr. 2803: Mitwirkendes Verschulden des Verletzten bei einem Unfall auf unbeleuchteter Treppe infolge mangelnder Vorsicht beim Hinaustreten aus dem Wirtschaftslokale, ohne Licht und ohne sich des Geländers zu bedienen. — OLG. Augsburg, BayRpflZ. **05** 473: Unfall durch Sturz aus dem nicht beleuchteten Hauseingange des dritten Stockwerkes in den unweit der Haustür befindlichen offenen Keller. Haftung des Hausbesitzers in Höhe von zwei Dritteln des Schadens. Unerheblich, daß der Verletzte nur Aftermieter war. Abweisung der Klage in Höhe eines Drittels. — OLG. Cassel, SeuffA. **60** 391 ff. (s. auch o. zu § 276 Ziff. 6 e). Konkurrierendes Verschulden in Höhe eines Viertels in einem Falle angenommen, wo jemand auf Einladung eines anderen auf einer über eine Treppenfassung gelegten Holzbohle, einem Sitze, dem die Lehne fehlte, ohne daß eine Stütze für die Beine zu finden war, Platz nahm. — S. auch u. zu f ζ (Einfluß der Trunkenheit).

γ. In Betrieben. **RG.** JW. **04** 535 Nr. 1 — JDR. **3** § 254 Ziff. 10 b β — s. jetzt auch EisenbE. **21** 181.

d) Bei Vertragsverhältnissen. α. Mieter und Vermieter. — **RG.** JW. **05** 77 Nr. 12, R. **05** 77 Nr. 266. Überwiegendes Verschulden eines Mieters, der, in Kenntnis der Schadhaftigkeit einer Treppenstufe, nie während langer Mietzeit dagegen Einwendungen erhoben hat, daß der Vermieter den Mietern die Beleuchtung anheimgegeben hat, und, ohne die sonst von ihm besorgte Beleuchtung, die gefährliche Treppe betrat. Es ist unzulässig, daß der Mieter in Kenntnis der Gefahr ohne jede Vorsichtsmaßregel sich einer Verletzung aussetzt und nach dem Eintritte des Schadens diesen auf den Hausbesitzer und Vermieter abzuwälzen versucht. — **RG.** JW. **05** 368/9 Nr. 7: Pflicht des Mieters, den Vermieter auf den von ihm erkannten Mißstand und seine Gefahren aufmerksam zu machen, wenn diese sich nicht allen kenntlich nach außen offenbaren. β. Pflicht zum Deckungskauf. — OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 345/6,

HansGZ. 05 Hauptbl. 100 ff.: Regelmäßig besteht eine Pflicht des Käufers gegenüber dem säumigen Verkäufer zum Abschluß eines Deckungskaufs nicht. Wenn aber nicht einfach die Differenz zwischen Vertrags- und Marktpreis (sog. abstrakte Schadenberechnung), sondern ein infolge besonderer Verhältnisse erhöhter Schadensersatz beansprucht werden soll, so kann eine solche Verpflichtung u. U. doch begründet sein. Wenn bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Abschließung eines Deckungskaufs möglich war, durch welchen der Schaden vermieden oder vermindert wurde, so verstößt der Beschädigte gegen Treu und Glauben und verletzt das Interesse des Verkäufers in fahrlässiger Weise, wenn er von der sich bietenden Gelegenheit keinen Gebrauch machte (§§ 346, 347 HGB.). — OLG. Posen, PosMschr. 05 23. Der Käufer handelt schuldhaft, wenn er die Gelegenheit, die von dem säumigen Verkäufer zu liefernde Ware sich durch einen Deckungskauf zu verschaffen, verstreichen läßt. Er muß daher auch bei der abstrakten Schadensberechnung die Möglichkeit, sich die gewünschte Ware billiger zu verschaffen, gegen sich gelten lassen. γ. Anwaltsvertrag. OLG. Dresden, SächsA. 15 739 ff. Der Klient ist berechtigt, darauf zu vertrauen, daß ihm der Rechtsanwalt als durchaus zuverlässiger Berater dient, ihn bei Mißverständnis des Sinnes und der Tragweite von Mitteilungen aufklärt, über etwaige schädliche Rechtsfolgen einer Säumnis nicht im Zweifel läßt und rechtzeitig zu dem notwendigen Handeln durch Erinnerungen und Vorstellungen antreibt, nötigenfalls aber auch ohne besondere Anweisung die erforderlichen Maßregeln ergreift. — In gleichem Sinne OLG. Colmar, ElsLothZ. 05 283 ff. bezüglich des Verhältnisses eines unerfahrenen Laien zu einem Notar in einer Hypothekenangelegenheit. δ. Vertragswidrige Benutzung von Wechseln. RG. R. 05 77 Nr. 267. Das bloß kulpose Verhalten des Geschädigten kann gegenüber dem verbrecherischen Treiben des Schadensstifters soweit zurücktreten, daß dieser zum Ersatze des gesamten Schadens zu verurteilen ist. — Der Kläger hatte für die Kreditvermittelung des Vorschußvereins, dem er als Mitglied angehörte, dem Direktor des Vereins mehrere Blankowechsel behändigt, welcher sie vertragswidrig in Umlauf und zur Versilberung brachte. Die in der Hingabe der einzelnen Blankette und dem Unterlassen jeglicher Erkundigung über den Verbleib der Exemplare liegende Fahrlässigkeit tritt gegenüber dem dolosen Treiben des Vereinsvorstandes vollständig zurück. ε. RG. 60 33 ff., JW. 05 136 Nr. 10, s. bereits JDR. 3 zu § 254 Ziff. 10d Abs. 3.

e) Zwangsvollstreckung. Intervention. Arrest. S. JDR. 2 § 254 Ziff. 12e Abs. 1, 2, 3 10b. — LG. Berlin II, KGBl. 05 61/2, nimmt eigenes, zum Schadensersatze mit verpflichtendes Verschulden an in einem Falle, wo der Beklagte auf das Aufforderungsschreiben des Intervenienten ein Fahrrad nicht freizugeben brauchte; wohl aber hätte das Schreiben ihm Anlaß bieten müssen, die Versteigerung des Rades einstweilen zu unterlassen. (Hauptsächlich kamen der Brief mit dem Aufdrucke der Fahrrad-Firma und der Umstand in Betracht, daß Fahrradfabriken häufig Räder auf Abzahlung verkaufen, so daß das Schreiben nicht als völlig unglaubwürdig ignoriert werden durfte. Tatsächliche Würdigung. Verteilung nach Hälften.) — OLG. Augsburg, BayRpflZ. 05 135: Mitwirkendes Verschulden kann aus der Unterlassung des Antrags auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht in allen Fällen abgeleitet werden. Nur wenn die Unterlassung in der Absicht geschah, die Zwangsvollstreckung ohne Anwendung der gesetzlichen Abwehrmittel über sich ergehen zu lassen, um dann Schadensersatz zu verlangen; culpa lata steht hier dem dolus nicht gleich; es steht nicht eine Pflichtverletzung in der Obligation, sondern ein Mißbrauch des Gläubigerrechts in Frage. — OLG. 10 157/8, R. 05 223 Nr. 965 (KG.): Nach Abs. 2 ist es schuldhaft, wenn der Beschädigte unterläßt, ur Ab-

wendung oder Minderung des Schadens das zu tun, was ihm ohne unbillige Erschwernis zugemutet werden kann. (**RG.** JW. **03** 67: Schuldhafte Unterlassung des Eigentümers, die Einstellung der Vollstreckung zu beantragen. KG. bejaht die Schuld des Klägers, dem es ohne jede nennenswerte Erschwernis möglich war, selbst einen 500—665 M. werten Apparat zu erstehen und damit seiner Verschleuderung in der Zwangsversteigerung für 88 M. vorzubeugen.) — LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 59/60 über die Frage, ob ein Bodenkreditinstitut im Sinne des § 254 Abs. 2 verpflichtet ist, zur Abwendung eines ihm im Immobiliarzwangsvollstreckungsverfahren durch teilweisen Ausfall seiner Forderung drohenden, von seinem Bevollmächtigten verschuldeten Schadens das Unterpfand selbst anzusteigern. (Die Pflicht dazu wird verneint.) — OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 167 ff.: Daraus, daß der Arrestat — bei einem ungerechtfertigten Arrest — von der Befugnis, durch Hinterlegung (von 420 M.) den Vollzug zu hemmen, keinen Gebrauch gemacht hat, läßt sich nicht ohne weiteres ein Verschulden nach § 254 herleiten; selbst wenn er sich im Besitz eines ausreichenden Geldbetrags befunden hätte, so konnte ihm, der für seinen und seiner Familie Lebensunterhalt zu sorgen hatte, nicht zugemutet werden, sich dieser Mittel zu berauben und ins Ungewisse hinein auf sonstige Hilfsquellen zu rechnen. Ebensowenig, daß er nicht sofort die Einrede der Unzuständigkeit des Arrestgerichts vorgeschützt hat. S. ferner OLG. Colmar ebenda 609 ff. Ein Schadensersatzanspruch wegen Vollstreckung eines für vorläufig vollstreckbar erklärten, nachher aufgehobenen Versäumnisurteils ist unbegründet, wenn es auf ein eigenes Verschulden des Klägers zurückzuführen ist, mag dieses vor oder nach dem Erlasse des vollstreckbaren Urteils zutage getreten sein. Der Einwand des eigenen Verschuldens ist im vollen Umfange des § 254 statthaft und das Verschulden somit zeitlich nicht begrenzt.

f) Weitere Einzelfälle. α. Pflicht zur Beseitigung des Schadens nach Treu und Glauben. — **RG.** Holdheims MSchr. **05** 166 ff. (S. a. o. zu § 242 Ziff. 4 d β.): Der einmal durch die Lieferung wertloser Aktien eingetretene Vermögensschaden wird nicht dadurch aufgehoben, daß es dem Geschädigten (einer Bank) gelingt, die wertlosen Aktien zum Einkaufspreise weiter zu veräußern. Wenn auch die Bank, da ihr selbst bei dem Weiterverkaufe weder Arglist noch Fahrlässigkeit zur Last fiel, dem Käufer gegenüber zur Rücknahme der Aktien rechtlich nicht verbunden war, so hätte doch, falls sie die Aktien freiwillig zurücknahm und nun selbst einen Schadensersatzanspruch gegen den arglistig täuschenden Verkäufer geltend machte, diesem der Einwand nicht gestattet werden dürfen, daß die Bank sich den Schaden durch eigenes Verschulden zugezogen habe. Die freiwillige Zurücknahme der Aktien hätte vielmehr als eine durch Treu und Glauben gerechtfertigte Maßnahme anerkannt werden müssen. Tritt sie dem Geschädigten ihre Rechte gegen den Schädiger ab, um ihm nach Möglichkeit zum Ersatze seines Schadens zu verhelfen, so ist es dolos von diesem und darf ihm nicht gestattet werden, sich darauf zu berufen, daß die Bank nicht aus dem Vermögen des Aktien-Verkäufers, sondern aus dem des klagenden Käufers ein Äquivalent für ihren durch den Verkäufer verschuldeten Schaden gefunden hat. ➳ Es ist ohne weiteres erkennbar, daß diese Entscheidung einen fundamentalen Gedanken für das ganze Schadensersatzrecht zum Ausdruck bringt: wer, obwohl er juristisch nicht verpflichtet ist, einem anderen einen Schaden zu ersetzen, weil er selbst getäuscht ist, dies dennoch tut, handelt doch lediglich nach Treu und Glauben, wenn er es tut, und macht sich nicht dem Täuschenden gegenüber schadensersatzpflichtig dadurch, daß er dem anderen Teile gleichsam seine eigene Rechtslage verschafft. Aus diesem Verhalten darf dem Unrechttäter ein Einwand nicht

gegeben werden. Das ist eine Folgerung. Wird die Praxis noch andere Folgerungen ziehen? Vor allem die: kann der durch die Aktien geschädigte Käufer auf Abtretung derjenigen Rechte aus dem Aktienkaufe klagen, die der Bank zuständen, wenn sie die Aktien noch hätte? Es eröffnen sich jedenfalls gewaltige Perspcktiven, und die Frage der Grenzziehung wird wohl bald auftauchen. Red. ⟵ β. Rettungshandlungen. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 931 ff., JW. **05** 170 Nr. 9, R. **05** 250 Nr. 1104 verneint — im Gegensatze zum OLG. Naumburg — die Anwendbarkeit des § 254 auf den Versuch, durchgehende Pferde aufzuhalten. Es besteht auf dem Lande die Sitte, daß, wenn größere Haustiere offenbar wider den Willen ihres Besitzers auffichtslos im Freien umherlaufen, erwachsene, mit der Behandlung solcher Tiere vertraute Personen, die dies wahrnehmen, den Versuch machen, das betreffende Tier einzufangen. Es betätigt sich in diesem Verhalten unserer Landbewohner ein erfreulicher Gemeinsinn, der sie veranlaßt, auch von ihnen unbekannten Personen Schaden möglichst abzuwenden. Ganz besonders aber besteht diese Sitte dann, wenn es sich um Tiere handelt, durch deren auffichtsloses Umherlaufen bei ihrer Kraft und Größe Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen, die ihnen begegnen, zu befürchten ist; in solchen Fällen wird es unter den Landbewohnern fast als eine moralische Pflicht für in der Behandlung solcher Tiere erfahrene und körperlich rüstige Leute angesehen, den Versuch zu machen, die Tiere einzufangen oder nach Stellen, wo ihre Bewältigung gefahrlos erfolgen kann, zu treiben; (eingehende Würdigung der einschlägigen örtlichen Verhältnisse). Vgl. über diese Fragen in gleichem Sinne **RG.** JDR. **1** § 833 Ziff. 5, dagegen Brückmann, JDR. **2** § 833 Ziff. 2 b. γ. Drohung mit Rechtsnachteilen. **RG.** JW. **05** 490 Nr. 11 rügt eine Verletzung des § 254 durch das OLG. Breslau, das in der unnötigen Nachgiebigkeit, übergroßen Vorsicht und Ängstlichkeit des Klägers gegenüber dem Verlangen der Beklagten, die ihm auf Grund eines ihm angeblich zustehenden Musterschutzes ein zivil- und strafgerichtliches Einschreiten androhte, ein den Schadensersatzanspruch ausschließendes eigenes Verschulden erblickte. Der Kläger habe das Verhalten der Beklagten als ein Unrecht empfunden und nur deshalb ihrer Aufforderung, den Betrieb einzustellen, entsprochen, weil er die ihm durch ihr Vorgehen drohenden Widerwärtigkeiten fürchtete, auch von einem günstigen Ausgange des Prozesses nicht unbedingt überzeugt war. Auch noch andere Umstände der Drohung (strafgerichtliches Einschreiten, Verbot an die Werkmeister) mußte der Kläger berücksichtigen. (Zurückverweisung.) δ. Reeder und Schiffsmannschaft. **RG.** **59** 311, SeuffA. **60** 291: Der Reeder, der wegen eines seinem Schiffsvermögen zugefügten Schadens gegen einen anderen Reeder Ersatzansprüche erhebt, muß sich den Einwand gefallen lassen, seine eigene Schiffsbesatzung (HGB. §§ 485, 486) habe durch ein Verschulden in der Ausführung ihrer Dienstverrichtungen den Schaden mitverursacht. Über den Maßstab s. o. zu § 249 Ziff. 5 b. ε. Unterlassung einer Versicherung. OLG. Marienwerder, PosMschr. **05** 159: Schadensersatzpflicht eines Grundstückskäufers, der seinem Versprechen zuwider in den Hagelversicherungsvertrag des Verkäufers nicht eingetreten ist. Mitwirkendes Verschulden des Verkäufers, der seinerseits unter Angebot seiner Unterschrift den Käufer zu der gemeinschaftlichen Anzeige hätte auffordern und so vielleicht doch dazu bestimmt hätte, diese zu unterzeichnen. ζ. Einfluß der Trunkenheit. **RG.** SeuffA. **60** 353/4, JW. **05** 229/30, SchlHolstAnz. **05** 323/4, DJZ. **05** 506/7, R. **05** 280 Nr. 1265: Die Pflicht des Gastwirts, seine Räume mit Einrichtungen zu versehen, deren Vorhandensein der gefahrlose Verkehr der Gäste erfordert, entledigt den Gast nicht der Aufgabe, gehörige Sorgfalt bei seinem Verweilen in den Wirtschaftsräumen zu betätigen. Belanglos ist für die Frage der Schadenshaftung, ob der

Gast bei seiner Handlungsweise die Sorgfalt außer acht gelassen hat, obwohl er zu ihrer Betätigung imstande war, oder weil er durch freiwillige Versetzung in den Zustand der Trunkenheit sie zu betätigen sich außerstande gesetzt hatte. In diesem Falle liegt in der Versetzung in den Zustand der Trunkenheit die schuldhafte Handlung. (Sturz eines Betrunkenen auf dunkler Treppe.) S. auch o. zu c β (Unfälle in Gebäuden). η. Einlösung gefälschter Schecks. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 2, PucheltsZ. **05** 35/6, DJZ. **05** 464: Verschulden des Bankiers bei Einlösung eines gefälschten Schecks. Nicht genügende Beachtung der Form der Zeichnung. ϑ. Pflicht zur Eintragung einer Vormerkung. *Reichel, Umschr. d. Vorm. 42, 47: Nur aus besonderen Gründen kann eine Diligenzpflicht des Gläubigers bestehen, einen vormerkbaren Anspruch in der Tat sich vormerken zu lassen, bzw. die Vormerkung zu bewahren. ι. § 46 KO. LG. München, SeuffBl. **05** 105 ff.: Konkurrierendes Verschulden infolge Nichtausübung des Rechtes aus § 46 KO. in Verbindung mit § 59 Nr. 3. Überwiegendes Verschulden des Konkursverwalters (s. KO. §§ 82, 44, 46). κ. **RG.** JW. **05** 388 Nr. 5, R. **05** 645 Nr. 2650: Anwendbarkeit des § 254 auch im Falle der §§ 367 Ziff. 12 StGB., 823 Abs. 2 BGB. λ. Eigenes Verschulden verneint. **RG.** SächsA. **15** 615/6: Kein Verschulden, wenn ein Geschäftsmann Waren unter dem Herstellungs- oder Einkaufspreise verkauft. — **RG.** PucheltsZ. **05** 442 ff.: Eigenes Verschulden wird in einem Falle verneint, wo der Empfänger eines das Wort „Eilgut" an Stelle des beabsichtigten „eiligst" enthaltenden Telegramms keinen Anlaß nahm, an der Ernstlichkeit und Richtigkeit der Übermittelung zu zweifeln. (Es handelte sich um zehn Tonnen Briketts.)

11. Übergangsrecht. **RG.** JW. **05** 386/7 Nr. 1: Nichtanwendbarkeit des § 254, wenn es sich um die aus der Vertragsverletzung oder -Nichterfüllung eines vor 1900 geschlossenen Vertrags (Art. 170 EG.) entstehenden Folgen handelt. (S. u. zu Art. 170.) **RG.** EisenbE. **22** 73/4, JW. **05** 386 Nr. 1, R. **05** 645 Nr. 2651: Verletzung des Art. 170 EGBGB. durch Anwendung des § 254 auf ein Schuldverhältnis alten Rechtes.

§ 255. 1. Wesen und Art der compensatio lucri cum damno. S. JDR. **1**, **2** u. **3** zu § 255. **a**) *Klein, Zweckerreichung 131 ff.: Das Problem der Vorteilsausgleichung grenzt sich gegen das Problem der Zweckerreichung wie folgt ab: diejenigen Fälle, in denen man vom Standpunkte der nachträglichen objektiven Prognose sagen muß, daß der Vorteil auf demselben Ereignis beruhe, das auch den Nachteil hervorgerufen hat, gehören lediglich dem Gebiete der Vorteilsausgleichung zu, weil hier der Vorteil nur den Faktor bei der Interessenberechnung bildet. Hingegen fallen die Fälle, wo das schädigende Ereignis Voraussetzung für die Entstehung eines Anspruchs gegen einen Dritten ist, wo der eingetretene Schaden von dritter Seite gemäß dem entstandenen Anspruch eine Ausgleichung erfährt, und die Fälle, in denen ein eingetretener Schaden von dritter Seite ohne nach dieser Seite begründeten Anspruch einen Ausgleich erfährt, unter das Problem der Zweckerreichung. AA. Örtmann, Vorteilsausgleichung 24 ff. bis 106 (s. JDR. **1** § 255 Ziff. 1). **b**) OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 43: Eine compensatio lucri cum damno liegt nicht vor, wenn der beim Kaufe eines Hauses durch Schuld des Verkäufers Überteuerte das Haus so teuer verkauft hat, wie es im mangelfreien Zustande wert gewesen wäre. Der Weiterverkauf ist ein negotium alineum.

2. **RG.** 59 370/1: Das dem Ersatzpflichtigen im § 255 eingeräumte Recht ist wesentlich ein Retentionsrecht, welches erst mit der Ersatzleistung in Wirksamkeit tritt. Zum Übergange des Eigentums oder sonst abzutretenden Rechtes bedarf es der rechtsgeschäftlichen Abtretung.

3. *Kähler, Entschädigung für Strafe und Untersuchungshaft 41: Der Richter oder Dritte, der dem unschuldig Verurteilten (Verhafteten) Schadensersatz leisten mußte, hat keinen Anspruch auf Übertragung der Entschädigungsansprüche aus den G. v. 20. 5. 98 und 14. 7. 04.

4. Aus der Rechtsprechung. a) OLG. Colmar, DJZ. **05** 824: Der Schädiger ist nicht berechtigt, zu verlangen, daß der Verletzte seine Befriedigung zunächst bei der Versicherungsgesellschaft suche oder ihm seine Ansprüche an diese abtrete. Nur die Versicherungsgesellschaft hat auf Grund des Versicherungsvertrags oder nach § 255 das Recht auf Abtretung des Entschädigungsanspruchs. b) OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 170/1: Der Versicherungsanspruch beruht nicht auf dem Untergange des verendeten Tieres, sondern auf dem vom Eigentümer mit der Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Vertrag oder einem gewagten Rechtsgeschäft. c) OLG. Posen, PosMschr. **05** 24: Wer sich eines zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens schuldig gemacht hat, kann sich nicht darauf berufen, daß er durch andere Handlungen dem Beschädigten einen Vorteil verschafft habe. d) **RG.** R. **04** 359 Nr. 1612 — s. JDR. **3** § 255 Ziff. 5a — jetzt auch SeuffA. **60** 63—66.

§ 256. 1. *Baring — s. schon JDR. **3** § 256 — Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und deren Ersatz, SächsA. **15** 30—48: die bei den verschiedenen Rechtsverhältnissen vorkommenden Aufwendungen, Verwendungen und Einrichtungen erfolgten sämtlich entweder — gleich denen des Beauftragten — im Rahmen eines gewillkürten Rechtsverhältnisses kraft wahren Rechtsgeschäfts oder ohne Rechtsgeschäft nach Art derjenigen des Besitzers. — Über die Aufwendungen bei der Geschäftsführung mit und ohne Auftrag, sowie in ähnlichen Verhältnissen s. u. zu §§ 670, 304 u. 970 ff.; über die Wegnahme von Einrichtungen in diesen Fällen s. zu § 818. Über die Verwendungen und das Wegnahmerecht des Besitzers, sowie in ähnlichen Verhältnissen s. zu §§ 994 ff., 500 u. 2381.

2. Über den Begriff der Aufwendung s. auch *Böckel, Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten, ACivPrax. **96** 397—405. Näheres u. zu § 670.

§ 257. a) *Böckel a. a. O.: Die Eingehung einer Verbindlichkeit ist nicht eine Aufwendung. b) **RG.** **60** 158 — s. u. zu § 738 Abs. 1 Satz 3 —: die Befugnis des Ersatzpflichtigen zur Sicherheitsleistung beschränkt sich hier wie im § 738 Abs. 1 Satz 3 und § 775 Abs. 2 auf den Fall, daß die Verbindlichkeit, bezüglich deren er zur Schuldbefreiung verpflichtet ist, noch nicht fällig ist.

§ 258. 1. *Ruge, Das Wegnahmerecht: „Einrichtung" ist jede durch körperliche Hinzufügung einer Sache vorgenommene „Verwendung" (auch Pflanzen und Gebäude) und setzt als solche voraus, daß die hinzugefügte Sache zum wesentlichen Bestandteil (§ 93) geworden ist (67, 68). Das Wegnahmerecht (das Recht, eine Einrichtung abzutrennen und sich anzueignen, § 997) ist nicht auf die einzelnen, vom Gesetz ausdrücklich erwähnten Fälle beschränkt, sondern steht jedem Verwender zu (75, 76). Der Anspruch auf Duldung der Wegnahme besteht nur gegen den Herausgabeberechtigten und gegen diesen nur, wenn er den Besitz erlangt (94).

2. Kretzschmar, ZBlFG. **6** 8: § 258 bezieht sich nicht bloß auf eine Einrichtung, die einen wesentlichen Bestandteil der herauszugebenden oder herausgegebenen Hauptsache bildet, sondern auch auf eine solche, bei der dies nicht der Fall ist. S. im übrigen u. zu § 951.

§ 259. a) **RG.** GruchotsBeitr. **49** 110 ff.: Der Anspruch auf Rechnungslegung ist ein vermögensrechtlicher Anspruch. S. das nähere (Bemessung des Streitwerts) zu § 3 ZPO. b) **RG.** GruchotsBeitr. **49** 832 ff., ElsLothZ. **05** 527 ff., R. **05** 312 Nr. 1443: Die Rechnung muß eine erschöpfende, über-

sichtliche und verständliche Darstellung der geführten Geschäfte enthalten. Maßgebend ist die jeweilige Sachlage des einzelnen Falles, je nach den besonderen Vereinbarungen, eventuell den Grundsätzen des § 242. Ob einzelne Posten der gelegten Rechnung richtig sind oder nicht, kommt bei der Frage der Rechnungslegungpflicht entscheidend nicht in Betracht. S. auch unten zu § 666. c) OLG. Marienwerder, SeuffA. **60** 347/8: Ungenügende Rechnungsablegung eines Gutsverwalters (tatsächliche Würdigung). Es ist keine Rechnungsablage, wenn sie noch im Prozesse selbst durch Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen ergänzt werden soll, mag es auch an sich zulässig sein, noch während des Prozesses Rechnung zu legen. Überdies soll sie für einen Laien, und nicht nur für einen Büchersachverständigen ohne weiteres verständlich sein; sie muß klar, einfach und in übersichtlichem Zusammenhange gegeben werden; dem Geschäftsherrn kann nicht zugemutet werden, sich ein Bild der Geschäfts- und Rechnungslage mit Hilfe eines Sachverständigen aus umfangreichen Gutachten, nachträglichen, in Prozeßschriftsätzen zerstreut enthaltenen Aufklärungen, aus Zeugenaussagen oder gar aus den Kontoauszügen der Geschäftsfirmen mühsam zusammenzuholen.

§ 260. 1. Breit, Agent und Geschäftsherr, Holdheims MSchr. **05** 225 ff.: Der unzureichende Schutz, den der § 91 HGB. dem Agenten wegen seiner Provision gewährt, wird durch § 260 verstärkt. Dieser findet auf den Agenturvertrag Anwendung. Die Mitteilung eines Buchauszugs enthält eine „Auskunftserteilung". Ferner ist — im Anschluß an **RG.** GruchotsBeitr. **47** 910 ff., DJZ. **03** 274 — s. JDR. **2** § 260 Ziff. 3 — die Gesamtheit der dem Agenten gegen den Geschäftsherrn zustehenden Provisionsforderungen als ein „Inbegriff" nach § 260 anzusehen; sie stellt eine auf einem gemeinsamen Verpflichtungsgrunde beruhende Mehrheit von Vermögensgegenständen dar; auch liegt — namentlich bei dem Abschlusse direkter Geschäfte durch den Geschäftsherrn — die Unfähigkeit des Berechtigten vor, die einzelnen Vermögensgegenstände zu bezeichnen. Auch Abs. 2 findet Anwendung (abweichend LG. Dresden). S. auch zu § 91 HGB.

2. Inbegriff von Gegenständen. S. JDR. **2** § 260 Ziff. 3. OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 188 ff.: Ein „Inbegriff von Gegenständen" ist nicht gegeben, wenn Lieferung einer individuell bestimmten Quantität einer an sich vertretbaren Ware in Frage steht.

3. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 82, R. **05** 499 Nr. 1916: Keine unterschriftliche Vollziehung des Bestandsverzeichnisses.

4. Miterbe, aber nicht Erbschaftsbesitzer. **RG.** SeuffBl. **05** 16 ff. — s. schon JDR. **3** § 260 Ziff. 1 b.

5. OLG. **11** 230 (KG.) über einen Fall der Auskunftspflicht nach § 2028 — s. unten zu § 2028.

Zu §§ 262 ff. Literatur: Böning, Zum alternativen Klagantrage, SächsA. **15** 49 bis 52. — Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905. Fischers Abhandlungen XIII 1. — Stölzel, Zum alternativen Klagantrage, SächsA. **15** 129—133.

Pescatore 1—8, Beispiele für die altern. Oblig. aus dem heutigen Verkehrsleben. 9 ff. wendet er sich gegen die verschiedenen Ansichten über den „Zweck" der Wahlschuld. Nach ihm ist der Zweck eines jeglichen Schuldverhältnisses und somit auch der des sog. Wahlschuldverhältnisses, dem Gläubiger eine Leistung zu verschaffen. Darüber hinaus ist es ein vergebliches Bemühen, allen sog. Wahlschuldverhältnissen gemeinsame Zwecke eruieren zu wollen, durch die sie sich charakteristisch von anderen Schuldverhältnissen unterscheiden. Die Wahlschuld ist ein Konglomerat der verschiedenartigsten, nur durch ein äußerliches Merkmal zusammengehaltenen Schuldverhältnisse (15/6). Die

besonderen Zwecke der beigefügten Alternative sind nur mit Rücksicht auf die besondere Lage des konkreten Falles zu bestimmen (17 ff.). Der herrschenden gemeinrechtlichen, im BGB. zum Ausdrucke gelangten Theorie (22 ff.) wirft er vor, sie sei eine theoretische Treibhauspflanze, eine Theorie des rein abstrakten, idealen, von allen realen Beziehungen losgelösten Wahlschuldverhältnisses an sich (25). Die „Wahl", das sog. „Wahlrecht", eine mehr oder minder gleichgültige Nebensache, ist zur Hauptsache gemacht (28). Überblick über das römische und gemeine Recht (30—86) und über die modernen Kodifikationen (86—109). Er unterscheidet die Fälle, in denen die Wahl durch den die Wahlschuld begründenden Willen zur Bedingung gemacht wird, von den übrigen Wahlschuldverhältnissen. Zwischen beiden Gruppen besteht keine innere Verwandtschaft. Ist die Wahlschuld zur Bedingung erhoben, so erweist sich keine der in §§ 262—265 aufgestellten Vorschriften als anwendbar (109). Verwechselt wird immer der Fall der bedingten sog. Alternativobligation und derjenige, in welchem die Wahl zur Bedingung des Schuldverhältnisses erhoben ist (110). Wird die Wahl des Schuldners zur Bedingung erhoben, so liegt insoweit ein bindendes Schuldverhältnis überhaupt noch nicht vor (113), der Erhebung der Wahl des Gläubigers zur Bedingung steht ein Hindernis nicht im Wege (114). Über Ähnlichkeiten und Unterschiede von der sog. Wahlschuld mit Wahl des Gläubigers s. 114—117. Die Wahl wird zur Bedingung stets dadurch, daß sie von einem Dritten vorgenommen werden soll (117), BGB. §§ 317 ff. (120 ff.). Über die rechtliche Natur der sog. Wahlschuld nach dem BGB. 125 ff. Polemik gegen Litten 127 ff. Nach ihm gilt folgendes: auch nach dem BGB. (wie im römischen und gemeinen Rechte) wählt der Schuldner zwischen zwei Leistungen, die er zu entrichten hat; der Gläubiger zwischen zwei Leistungen, die er zu beanspruchen hat; der Dritte zwischen zwei Leistungen, die er weder zu entrichten noch zu beanspruchen hat. Auch nach BGB. steht somit dem Gläubiger bei Wahl des Schuldners nur ein Anspruch zu, der eine weitere Zerlegung nicht zuläßt (132). Beide Leistungen sind in obligatione (133). Bei der Wahlschuld mit Wahl des Gläubigers handelt es sich um eine Mehrheit von Ansprüchen, von denen der Gläubiger nach seinem Belieben einen geltend machen kann (134). Es muß sich um eine Mehrheit von Leistungen handeln. Die einzelnen Glieder der Alternative müssen bestimmte bzw. bestimmbare sein. Die einzelnen wahlweise geschuldeten Leistungen müssen sich in irgendeiner Beziehung voneinander unterscheiden (138 ff.). Wie weit die Verschiedenheit reicht, ist gleichgültig (142). Jede Leistung, welche den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts genügt, kann auch Glied eines sog. Wahlschuldverhältnisses sein (146). Abgrenzung der Wahlschuld von der sog. beschränkten (begrenzten, gemischten) Gattungsschuld 146 ff. Es kommt ungefähr auf das gleiche hinaus (150). Fälle gesetzlicher Wahlschulden mit Wahl des Schuldners 151 ff., mit Wahl des Gläubigers 155 ff. Über die sog. alternative Ermächtigung des Gläubigers 258 ff., Fälle von gesetzlichen sog. alternativen Ermächtigungen 263 ff., über die angeblichen Verschiedenheiten zwischen der sog. alternativen Ermächtigung und der sog. Wahlschuld des Gläubigers 270 ff. Nach ihm bleibt nur der eine Satz übrig: daß bei sog. Wahlschulden mit Wahl des Gläubigers einer der ihm alternativ zustehenden Ansprüche in erster Linie ins Auge gefaßt sein kann (279). Der Sammelname „alternative Obligation", „Wahlschuld" umfaßt so bunt zusammengewürfelte Rechtsverhältnisse, daß es auf ein bißchen mehr oder weniger Verschiedenheit im einzelnen nicht ankommen kann. Der Streit, ob ein Fall von sog. alternativer Obligation oder alternativer Ermächtigung vorliegt, ist müßig (279/280). Über die sog. alternative Ermächtigung des Schuldners 280 ff., Fälle von gesetzlichen sog. alternativen Ermächtigungen 287 ff.

§ 262. 1. Dogmatisches. Pescatore 162ff.: **a)** Der § 262 (wie der § 263) setzt ein sog. Wahlschuldverhältnis voraus. Die Vorschrift, daß in diesem Falle im Zweifel das Wahlrecht dem Schuldner zustehe, ist ein wesentlicher Fortschritt gegenüber dem gem. Rechte, wo der Gläubiger zu wählen hatte, wenn dies ausdrücklich bestimmt war (165). Es liegt mehr als bloße Auslegungsregel vor. Die Vorschrift hat überall da Anwendung zu finden, wo von mehreren geschuldeten Leistungen nur die eine oder die andere zu bewirken ist, und wo für die Beantwortung der Frage, wer zu wählen habe, kein anderer Anhaltspunkt gegeben ist, als der, daß der Verpflichtung zur Leistung von x oder y schlechthin ebensowohl durch die Leistung von x, wie durch die von y genügt werden kann, m. a. W., daß der Schuldner, soweit er nicht durch das Schuldverhältnis als gebunden erscheint, freie Hand hat, weshalb solche weiteren Anhaltspunkte fehlen, erscheint dabei als gleichgültig (165). Dies gilt für einseitige und gegenseitige Verpflichtungen (166), auch für alternative Vermächtnisse (167). **b)** 167 ff. gegen die Tendenz, die rechtliche Bedeutung der Wahl ins Ungemessene zu steigern. Es ist aber gleichgültig, ob derjenige, der wählen können sollte, wirklich wählen kann oder nicht. Ebenso, ob er wirklich gewählt hat oder nicht (168). Das sog. Wahlrecht des Schuldners ist nur die ihm unter normalen Verhältnissen offenstehende Möglichkeit, seiner Verpflichtung ebensowohl durch die eine wie durch die andere Leistung zu genügen, verbunden mit der Befugnis aus § 263 Abs. 1 (169). Ein selbständiges Wahlrecht gibt es nicht (170). Noch weniger eine aus § 264 gefolgerte Wahlpflicht (170 ff.). Der Gläubiger ist zu fordern berechtigt, aber nicht verpflichtet, sein Forderungsrecht auszuüben. Sofern er zur Abnahme verpflichtet ist, erscheint er als Schuldner. Von einer Verpflichtung, das abzunehmende Objekt zu wählen, kann keine Rede sein (172). Daher läuft auch eine Abtretung von seiten des wahlbefugten Schuldners an den nicht wahlbefugten Gläubiger oder umgekehrt auf eine vertragsmäßige Ummwandlung des Inhalts des Schuldverhältnisses hinaus (173 ff.).

2. Zum alternativen Klagantrage. **a)** *Böning: Bei Klagen, die auf zwei Leistungen gehen, von denen nur die eine bewirkt werden soll, sind zu unterscheiden: α. der eventuelle Klagantrag, in dem die eine Leistung für den Fall gefordert wird, daß die in erster Linie geforderte andere Leistung nicht bewirkt werden kann. β. der alternative Klagantrag, in dem mehrere Leistungen in der Weise gefordert werden, daß entweder die eine oder die andere zu bewirken ist, und dessen Ergebnis eine Wahlschuld des Beklagten sein soll (§§ 262 ff. BGB.). γ. der Klagantrag mit Einräumung der wahlweisen Leistungsbefugnis, mit dem nur eine Leistung gefordert und dem Beklagten zugleich freigestellt wird, statt ihrer eine andere Leistung zu bewirken. Es empfiehlt sich, den zu γ. gedachten Klagantrag aus den ihm entsprechenden Urteilstenor, nicht auf Verurteilung der Beklagten, entweder die eine oder die zur Wahl gestellte Leistung zu bewirken, sondern dahinzustellen, daß der Beklagte verurteilt werde, eine Leistung zu bewirken, und ihm zugleich freigestellt werde, sich von der Bewirkung dieser Leistung durch die Bewirkung der anderen, zur Wahl gestellten Leistung zu befreien, oder — entsprechend dem Sprachgebrauche des BGB. — dahin, daß der Schuldner eine Leistung zu bewirken verurteilt werde und die Bewirkung dieser Leistung durch Bewirkung einer anderen abwenden können solle. Nur der letztgedachte Klagantrag stellt gegenüber dem gewöhnlichen, auf eine Leistung gehenden Klagantrag eine minus petitio dar. Beim alternativen Klagantrage muß daher das Gericht prüfen, ob der Kläger berechtigt ist, die beiden zur Wahl des Schuldners gestellten Leistungen zu fordern und bezüglich der einen oder anderen die Klage abweisen, wenn bezüglich ihrer diese Berechtigung nicht besteht. ⇒ Gegen Stölzel,

Schulung I 371 f. ←≡ **b**) *Stölzel: die Klagbitte, zur Leistung a oder b zu verurteilen, ist bis zum BGB. in der Praxis sowohl für Fälle der obligatio alternativa als der facultas alternativa angewendet worden, letzterenfalls kam auch die Klagbitte vor: zu verurteilen zur Leistung a oder, wenn Beklagter es vorziehen sollte, zur Leistung b zu verurteilen. Stets aber mußte der Inhalt der Klage ersichtlich machen, ob eine obligatio alternativa oder eine facultas alternativa vorliegen solle. Im Hinblick auf §§ 528, 1973, 1992, 2329 BGB. empfiehlt es sich, jetzt bei facultas alternativa zu bitten, daß der Beklagte zur Leistung a verurteilt werde, aber diese Leistung durch die Leistung b abwenden könne. Vielfach wird in Klagbitten irrig um Verurteilung zur Leistung a, eventuell b (statt: oder b) gebeten. Auch wird vielfach in Fällen einer facultas alternativa irrig bei alternativen Bitten die erste Bitte zugesprochen, die zweite als unbegründet abgewiesen, während die zweite (als eine minus petitio enthaltend) zuzulassen ist.

3. **RG.** SeuffA. **60** 385/6, JW. **05** 284 Nr. 7, ElsLothZ. **05** 525, R. **05** 311 Nr. 1432: Die prozessuale Stellung der Parteien ist nicht dafür entscheidend, wer als Schuldner im Sinne des § 262 aufzufassen ist, sondern die Leistungen, wegen deren das Wahlrecht in Frage steht, sind entscheidend.

§ 263. 1. Abs. 1. Pescatore 174 ff.: **a**) Die Wahlerklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. — Für den Fall der Wahl des Schuldners ergibt sich aus Abs. 1: sollte er sich ausnahmsweise einmal zur Abgabe einer Wahlerklärung bewogen fühlen, die den Intentionen des betr. Geschäfts nicht entspricht, so wird durch sie die Alternative definitiv, und zwar für den Wählenden wie für seinen Gegner entschieden. Dagegen ist bei Wahl des Gläubigers dieser nur ausnahmsweise in der Lage, eine der Leistungen stillschweigend an sich zu nehmen. Regelmäßig hat er zu erklären, was er haben will; trotzdem pflegt auch er keine „Wahlerklärung“ abzugeben (178). Er bekämpft die Ansicht, daß eine solche Wahlerklärung schlechthin unentbehrlich sei (179 ff.). **b**) Über die Erklärung durch konkludente Handlungen (180 ff.), nicht notwendig gegenüber dem anderen Teile vorzunehmen (182). **c**) Den Vollzug einer der mehreren Leistungen tilgt das Wahlschuldverhältnis, gleichgültig, ob die vollzogene Leistung eine gewählte oder nicht gewählte war (183 ff.). **d**) Besonderes über die Fälle, in denen der wahlberechtigte Schuldner erklärte, er werde eine bestimmte Leistung bewirken, bzw. sie tatsächlich bewirkt, oder der wahlberechtigte Gläubiger eine bestimmte Leistung einfordert, bzw. annimmt, ohne Kenntnis davon zu haben, daß und in welchem Umfange ihm eine Wahl freisteht (186 ff.). Nach ihm ist es durchaus gleichgültig, ob der Wahlberechtigte in Kenntnis oder in Unkenntnis seines sog. Wahlrechts eine der alternativ geschuldeten Leistungen verlangt, in Empfang genommen bzw. angekündigt oder geleistet hat. Ist die Erklärung von der anderen Seite akzeptiert worden, so ist die Sache damit definitiv erledigt, und ein Abgehen von der Erklärung nur noch auf Grund vertragsmäßiger Einigung denkbar (196). **e**) Eine suspensiv bedingte Wahlerklärung ist unstatthaft (198), die Hinzufügung eines Anfangstermins bedeutungslos (203); bei einer Resolutivbedingung ist die Wahl als erfolgt und nur die in unzulässiger Weise gesetzte Bedingung als nicht vorhanden anzusehen (204). — Ausnahme a. a. O. (201). **f**) Mehrheit der Wähler und Wahlerklärungsempfänger (204 ff.): die rechtliche Natur des betr. Schuldverhältnisses entscheidet (205), ob Schuldverhältnisse zur gesamten Hand (205), geteiltes Schuldverhältnis (206), Gesamtschuldverhältnis (206 ff.) vorliegt. S. einzelnes a. a. O.

2. Abs. 2. Pescatore 210 ff.: Ein plausibler Grund für die Fiktion des Abs. 2 ist nicht vorhanden (210). Sie gibt lediglich der unzutreffenden An=

schauung Ausdruck, daß die sog. alternative Obligation ein Pendenzverhältnis sei und sein müsse (213). Doch hat bis zu dem Augenblicke der Wahl ein sog. Wahlschuldverhältnis bestanden; erst von diesem Augenblick an ist ein einfaches Schuldverhältnis auf die gewählte Leistung an dessen Stelle getreten; im Falle des Vollzugs einer Leistung hat das Schuldverhältnis bis zu seinem Erlöschen als ein alternatives existiert (213). Die Fiktion ist nicht wahrzunehmen, die verschiedenen Konsequenzen, die manche aus ihr zu ziehen suchen, sind verfehlt (213 ff.).

§ 264. 1. Abs. 1. Pescatore 217 ff.: Die Inempfangnahme einer Leistung durch den Gerichtsvollzieher befreit den Schuldner. Wesentlich ist nur, daß eine Leistung bewirkt ist, durchaus gleichgültig, daß sie nicht als eine gewählte nach § 263 Abs. 1 erscheint (219/220). — Über die allzugroße Milde der Vorschrift gegenüber dem Schuldner (220/1). — Gegen den sog. „Übergang des Wahlrechts" 221 ff. Vielmehr liegt die Sache hier nicht anders als in anderen Zwangsvollstreckungsfällen. Über den Kopf des Schuldners, der weder wählt, noch leistet, hinweg wird eine der Leistungen zwangsweise realisiert (224; er stimmt Rieß — s. JDR. 3 § 264 Ziff. 1 — zu). Wesentlich ist, daß dem Gläubiger eine der Leistungen zuteil wird, durchaus gleichgültig, daß diese eine im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte und nicht eine gewählte im Sinne des § 263 Abs. 1 ist (226). — Über Fragen aus der Zwangsvollstreckung 226 bis 230.

2. Abs. 2. Pescatore 230 ff.: In gewissen Fällen kann von einem Verzuge des Gläubigers überhaupt nicht die Rede sein (230). — Im übrigen ist nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 293 ff. zu verfahren. — Einzelheiten und Besonderheiten a. a. O. 231 ff. — Einen besonderen Wahlverzug gibt es nicht, mit dem Leistungs- und Annahmeverzuge sind die denkbar möglichen Verzugsfälle überhaupt erschöpft. Die Wahl hat regelmäßig nur die Bedeutung einer Vorbereitungshandlung für den Vollzug, bzw. für die Inempfangnahme der Leistung (235).

3. OLG. **11** 188 ff., KGJ. **30** A 254 ff. (KG.): § 894 ZPO. paßt nicht für Alternativverpflichtungen. Das liegt ohne weiteres zutage, wenn beide Leistungen auf Abgabe einer Willenserklärung gehen. Es trifft aber auch zu, wenn nur eine Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht, da andernfalls dem Schuldner das im Urteil vorbehaltene Wahlrecht verloren gehen würde und eine Leistung zur Entstehung kommt, welche möglicherweise weder der Schuldner noch der Gläubiger selbst will. Erfüllt der Schuldner nach rechtskräftiger Verurteilung keine der beiden Wahlverpflichtungen, so kann gemäß § 264 der Gläubiger bestimmen, welche er zur Vollstreckung bringen will. (S. im übrigen zu § 894 und § 887 ZPO.)

§ 265. 1. Pescatore 237 ff.: Die Vorschriften des § 265 kommen nur für einen verschwindend kleinen Teil der sog. Wahlschuldverhältnisse in Betracht (238/9). Er erörtert **a**) die nachträgliche Unmöglichkeit (240 ff.) und unterscheidet Zufall (240) — bei Wahl des Schuldners: er wird erst frei, wenn sämtliche Leistungen (§ 275!) unmöglich werden (240), bei Wahl des Gläubigers (240 ff.): dem Gläubiger bleibt sein Anspruch auf die noch mögliche Leistung (240) —, ferner Verschulden (242) bei Wahl des Schuldners (242): α. Verschulden des Schuldners: der § 265 ist hier durchaus gerechtfertigt; der Schuldner hat die noch mögliche Leistung zu entrichten (242); β. Verschulden des Gläubigers: §§ 265 Satz 2 — 324 — ev. 823 ff. (243/4) und bei Wahl des Gläubigers (244): α. Verschulden des Schuldners: §§ 265 Satz 2 — 280 — 325, 323 (244). β. Verschulden des Gläubigers: hier ist die Regelung höchst bedenklich. Nach § 265 Satz 1 beschränkt sich das Schuldverhältnis auf

die noch mögliche Leistung. Der Gläubiger hat somit für die durch sein Verschulden unmöglich gemachte Leistung Ersatz nach den §§ 823 ff. zu leisten und kann nur noch die möglich gebliebene Leistung fordern, bzw. hat sie abzunehmen (244). Bei gegenseitigen Verträgen bekommt der Gläubiger, der ein Objekt vernichtet hat, das andere und hat für beide zu zahlen; bei einseitigen Schuldverhältnissen muß er für das vernichtete Objekt Ersatz leisten und erhält noch das übrige (246). Den Kompensationsgedanken bezeichnet er als verfehlt (250). **b**) Die teilweise nachträgliche Unmöglichkeit (250 ff.). Bei Wahlschulden ist, solange noch eine Leistung vollständig möglich ist, von einer Unmöglichkeit der Erfüllung regelmäßig überhaupt noch keine Rede. Die teilweise unmöglich gewordene Leistung scheidet einstweilen ex electione, aber nicht definitiv ex obligatione aus (251). **c**) Die ursprüngliche Unmöglichkeit (257 ff.). Es kommt nur die von Anfang an bestehende objektive Unmöglichkeit in Betracht Es gilt der Satz des § 275 Abs. 2; § 265 schließt hier §§ 306, 139 aus. Eine Modifikation wird durch § 307 Abs. 1 herbeigeführt. Näheres 253 bis 257. **d**) Die teilweise ursprüngliche Unmöglichkeit (252/8). In bezug auf das betr. Glied der Alternative ist § 139 zur Anwendung zu bringen. Das teilweise unmögliche Glied kommt sonach regelmäßig nicht in betracht. — Kommt es in betracht, so kann es sich zwar in obligatione befinden, aber braucht nicht, solange das andere Glied noch vollständig möglich ist, notwendig auch in electione zu sein (258). Solange noch vollständige Erfüllung möglich, ist vollständig zu erfüllen; erst, wenn das nicht mehr der Fall ist, kommt eine teilweise in Frage (258).

2. Eccius, GruchotsBeitr. **49** 138/9, wendet sich gegen Planck, der in der Bezeichnung des Vollstreckungsgegenstandes durch den Gläubiger eine Ausübung des Wahlrechts findet, der sein Recht auf den „gewählten" Gegenstand beschränke, während dem Schuldner das Recht der anderen Leistung bleibe. Er ist der Ansicht: die Wahl ändert nichts in der Wahlschuld als Wahlschuld, sie ist nur vorläufige Direktive der Vollstreckung, von der bis zur Tilgung der Wahlschuld abgegangen werden kann, und die das wirtschaftliche Schicksal der Obligation nicht von den Zufällen abhängig macht, die den als Exekutionsgegenstand gewählten Gegenstand treffen.

3. *Weyl 493 ff.: „Umstand", den jemand „zu vertreten hat" weist nicht notwendig auf einen Verschuldensfall.

§ 266. 1. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hauptbl. 139: Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, daß unter Teilleistungen im Sinne des § 266 nur solche einen Teil des vertraglichen Leistungsgegenstandes umfassende Leistungen zu verstehen sind, welche in der Absicht späterer Nachlieferung des Rechtes gemacht werden. Die Bestimmung ist vielmehr auch dann anwendbar, wenn die Leistung des Teiles mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung angeboten wird, daß der Rest nicht geliefert werden könne oder solle.

2. Eccius, Zur Lehre von der Zurückweisung von Teilzahlungen, Gruchots Beitr. **49** 469 ff. — s. u. zu § 367 Ziff. 1.

§ 268. OLG. **10** 173 (KG.): § 268 findet auch auf den Ehemann und bei Vollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau Anwendung, weil § 1383 dem Manne gegenüber den einzelnen Stücken des eingebrachten Vermögens die Stellung eines Nießbrauchers gewährt; seine Rechtslage muß so beurteilt werden, als wären ihm die zum Eingebrachten gehörenden Sachen zur Nutznießung übergeben und die Forderungen zu gleichem Zwecke im Sinne des § 1069 übertragen; demgemäß hat er nach § 774 ZPO. die Befugnis zur Widerspruchsklage aus § 771.

§ 269. 1. Wandelungsklage. S. JDR. 2 Ziff. 8 g, 3 Ziff. 5 c zu § 269. OLG. Marienwerder, PosMschr. 05 147 ff. wie RG. — s. JDR. 2 u. 3 a. a. O. — für den Werkvertrag (§ 634): Für den Wandelungsanspruch ist regelmäßig ein einheitlicher Erfüllungsort da gegeben, wo sich die dem Gegenstande des Vertrags bildende Sache dem Vertrage gemäß befindet. Daß eine Abnahme des Werkes noch nicht erfolgt ist, ist unerheblich. Wie RG. 55 105 ff., 57 12 — s. JDR. 2 § 269 Ziff. 8 g, 3 Ziff. 5 c — auch OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Hauptbl. 179.

2. RG. R. 05 164 Nr. 683: Am Erfüllungsort ist grundsätzlich auch der Ersatz für Nichterfüllung zu leisten. Der Erfüllungsort ist danach für die Klage auch dann zuständig, wenn sie als Entschädigungsklage wegen Nichterfüllung aufzufassen ist.

3. Mietzahlungen bei Immobilien. — OLG. 10 167/8 (Hamburg) betont im Anschluß an Prot. 613 und Motive II 34, daß der mutmaßliche Wille nach Treu und Glauben an erster Stelle zu ermitteln sei: Annahme, daß der Ort der Miete bei Immobilien auch der Ort für die Zahlung des Zinses sei. — Der Beklagte hatte für sich und seine Familie in Hamburg gemietet, wohin er von Hannover aus übersiedeln sollte. Schon die erste Miete war in Hamburg zu zahlen. — OLG. 11 306 (Hamburg): Die Beklagte, die ihren Sitz in Stettin hatte, hatte vom Kläger in Hamburg ein Grundstück mit Gebäuden gemietet und diesen Mietvertrag gekündigt. Der Erfüllungsort ist, da es sich um eine Geldschuld handelt, nach § 269 Stettin. Besondere Vereinbarung oder Umstände, die für Hamburg sprechen, liegen nicht vor. Namentlich ist ohne Bedeutung, daß der Mietvertrag in Hamburg geschlossen ist durch einen dort wohnhaften Vertreter des Beklagten; desgleichen, daß tatsächlich die Miete bisher von diesem Vertreter in Hamburg bezahlt worden ist. — S. ferner ebenda 307 (Colmar): die in München wohnende Beklagte hatte in Straßburg ein Grundstück gemietet. Nach den Umständen usw. wird Straßburg als Erfüllungsort angesehen: es sollte „in der Wohnung“ des in Straßburg wohnhaften Kassenführers gezahlt werden. Ferner kam in Betracht, daß nicht nur die Vertragspflichten des Klägers, sondern auch alle übrigen der Beklagten, namentlich auch die von ihr zur Sicherung der streitigen Mietzinsforderung übernommene Pflicht zur Hinterlegung einer Kaution bei einem Bankhause in Straßburg zu erfüllen war. Endlich entspricht es auch der Natur des Mietverhältnisses, daß regelmäßig der Mieter dort, wo ihm der Vermieter die Mietsache gewährt, auch die Gegenleistung zu gewähren hat.

4. RG. Holdheims MSchr. 05 83/4 verneint die Vereinbarung eines Erfüllungsorts, weil in dem (kaufmännischen) Bestätigungsschreiben wie auch in dem Schreiben des anderen Teiles, das die Aufzählung der einzelnen Vertragsbedingungen enthielt, von einem Orte nicht die Rede war, daraus sei sogar ersichtlich, daß kein Erfüllungsort vereinbart sei, die frühere mündliche gegenteilige Verabredung abgeändert werden sollte.

5. OLG. 11 382 (Karlsruhe): die Verletzung des im § 60 HGB. enthaltenen Konkurrenzverbots stellt sich dar als Verstoß gegen eine kraft Gesetzes unmittelbar aus dem Vertrag entspringende Verpflichtung; diese Unterlassungspflicht ist als Teil der dem Gehilfen obliegenden allgemeinen Dienstpflichten da zu erfüllen, wo überhaupt die Dienste zu leisten sind. (S. zu § 60 HGB.)

§ 270. RG. SeuffA. 60 49 ff.: Unter pünktlicher Zinszahlung ist nicht Zahlung binnen einer angemessenen Frist, sondern am Fälligkeitstage oder dem Werktage darauf zu verstehen. Jedoch tritt der Nachteil der vertragsmäßig ausbedungenen sofortigen Kündbarkeit des Kapitals erst mit dem Verzug in der Zinszahlung ein. S. auch u. zu § 284 Ziff. 6 b.

§ 271. 1. *Stölzel, BuschsZ. 35 13 ff.: Die Beweislast darüber, ob beim Vertragsschluß eine Frist für die Leistung verabredet, oder nicht verabredet ist, trifft im Streitfalle den Kläger. (RG. ebenso 1884, 1902 s. a. a. O. 9, 14.)

2. *Jaffa, Kontogeschäfte, Plutus 05 497 ff.: im Gegensatze zu RG. 59 Nr. 87 nimmt Jaffa an, Kontogeschäfte seien Kassageschäfte. Er folgert dies aus dem Umstande, daß bei dem Kontogeschäfte vom Tage des Kaufes bzw. Verkaufs Geldzinsen, beim Termingeschäfte Stückzinsen berechnet werden, bezeichnet den Kontokurs als Kassakurs, findet das Wesen des Kontogeschäfts darin, daß die — angeschafften — Stücke bis zur Zahlung des Kaufpreises zurückbehalten werden, und weist auf folgende beide Unterschiede zwischen Kassa- und Ultimogeschäft hin: beim Kontogeschäft werde der Käufer mit der Übersendung des Nummernverzeichnisses der angeschafften Stücke Eigentümer derselben nach § 930 BGB. und habe im Falle des Konkurses des Verkäufers ein Aussonderungsrecht, beim Ultimogeschäft gehe das Eigentum erst Ultimo über. — Nach § 271 Abs. 2 BGB. könne der Schuldner beim Kontogeschäfte vorzeitig gegen Zahlung des Kaufpreises Lieferung verlangen, beim Termingeschäfte sei das nicht der Fall.

§ 273. Literatur: Gorden, Die Dienstbotenordnung und das BGB., HansGZ. 05 Beibl. 233 ff. — Schäfer, Zurückbehaltungsrecht zur Sicherung verjährter Ansprüche, BayRpflZ. 05 437—441. — Wolff, Darf das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden, in denen die Aufrechnung verboten ist? ABürgR. 26 315—320.

1. Begriff. Allgemeine Eigenschaften. Umfang. Anwendungsgebiet. S. JDR. 2 § 273 Ziff. 1, 2, 3, 3 Ziff. 1, 2, 3. — **a**) Innerliche Zusammengehörigkeit. JDR. 1 Ziff. 1b, 2 Ziff. 3, 3 Ziff. 1 Abs. 1, insbes. 3a. OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 212 ff.: Im Anschluß an die vom RG. 57 5 ff. (JDR. 3 Ziff. 3a zu § 273) aufgestellten Erfordernisse ist auf die Ehe mit ihren verschiedenen vermögensrechtlichen Folgen der § 273 anzuwenden. Der Unterhaltsanspruch beruht auf demselben rechtlichen Verhältnisse wie der Anspruch des Mannes auf Auslieferung des zum Gesamtgute gehörigen Gegenstandes. **b**) Anwendungsgebiet. „Rechtliches Verhältnis". RG. 59 202: nicht bloß Sachen, sondern auch Rechte und Handlungen dürfen zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts benutzt werden. Mit dem allgemeinen Ausdrucke „rechtliches Verhältnis" ist zum Ausdrucke gebracht, daß das Zurückbehaltungsrecht nicht auf das Gebiet des eigentlichen Obligationenrechts beschränkt sein solle, sondern auch auf Ansprüche Anwendung finde, die aus anderen vom Rechte geordneten Verhältnissen hervorgehen. (S. auch Prot. I 312.) Auch bezüglich der Identität des Rechtsverhältnisses dürfen nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden. (RG. 57 6.) Anwendung des § 273 auf das Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben (§§ 2212 ff.). S. a. JDR. 3 § 273 Ziff. 3d. **c**) OLG. Karlsruhe, BadRpr. 05 39, R. 05 224 Nr. 972: die §§ 273, 274 finden bei dem kaufmännischen Retentionsrechte keine Anwendung. **d**) RG. (Straff.) DJZ. 05 915/6: Das Recht aus § 273 gibt kein Recht auf Verbrauch. (Verurteilung wegen Unterschlagung, Verwendung zurückbehaltener Gelder für eigene Zwecke.)

2. Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung. S. JDR. 1 § 273 Ziff. 4c, 2 Ziff. 4, 7 I b, 3 Ziff. 5. OLG. Stettin, PosMschr. 05 43 ff. — s. u. Ziff. 4 b β.

3. Zurückbehaltungsrecht bei verjährten Ansprüchen. S. a. JDR. 2 § 273 Ziff. 5. *Schäfer: Erforderlich zur Begründung des Zurückbehaltungsrechts ist ein fälliger Anspruch, d. h. das klagbare, einredefreie Recht des Schuldners, sofort vom Gläubiger eine Leistung zu fordern. Naturalobligationen genügen hierzu nicht. Wegen verjährter Ansprüche kann da-

her das Zurückbehaltungsrecht nicht ausgeübt werden. Maßgebend ist nicht der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs des Gläubigers, sondern jener der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts des Schuldners: war zu letzterer Zeit der Anspruch des Retinenten schon verjährt, ist die Zurückbehaltung der Leistung an den Gläubiger nicht mehr statthaft. Jedenfalls besteht ein Zurückbehaltungsrecht für verjährte Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen nicht, weil die Verjährung dieser periodischen Leistungen sogar dann endgültig eintritt, wenn sie durch Hypothek oder Pfandrecht gesichert sind.

4. Zurückbehaltungsrecht gegenüber unpfändbaren Lohnforderungen. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 7, **3** Ziff. 6. **a**) Für die Zulässigkeit. α. **RG.** PrEisenbA. **04** 986, EisenbE. **21** 4 ff.: gegen Gehaltsforderungen der Beamten findet, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen sind, gemäß § 394 in Preußen die Aufrechnung nicht statt. Dagegen kann das Zurückbehaltungsrecht des § 273 gegen Forderungen geltend gemacht werden, die der Pfändung nicht unterliegen. (Pflicht zum Schadensersatz aus einer unerlaubten, eine Verletzung der Amtspflicht enthaltenden Handlung beruht auf demselben rechtlichen Verhältnisse wie seine Gehaltsforderung.) β. GewG. **10** 181 (Köln) erklärt es, unter Aufgabe seiner früheren Ansicht, für zulässig.

b) Gegen die Zulässigkeit. α. Literatur. αα. *Th. Wolff erörtert und verneint die Frage, ob das Zurückbehaltungsrecht in den Fällen geltend gemacht werden kann, in denen die Aufrechnung unzulässig ist. ββ. A. Böhtke, EisenbE. **21** 408 — s. Näheres u. zu § 611 — verneint die Anwendung des § 273 auf das Verhältnis der Lohnforderung zur Ordnungsstrafe. Wirtschaftlich kommt die Anwendung des § 273 auf Lohnforderungen der Aufrechnung gleich. γγ. Geib, KrVSchr. **46** 1—28, kritische Bemerkungen zu Sinzheimer, Lehre und Aufrechnung (1902), insbes. 12 ff.: nach Geib geht S. mit seiner generellen Ablehnung des Zurückbehaltungsrechts zu weit; doch verdiene seine Auffassung die volle Billigung, wo die Zurückbehaltung wirtschaftlich zu demselben Ergebnisse führen würde, welches durch § 394 verhindert werden soll. β. Rechtsprechung. OLG. Stettin, PosMschr. **05** 43 ff.: Aus § 394 ist zwar die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber den der Pfändung nicht unterliegenden Forderungen nicht herzuleiten. Aufrechnung und Zurückbehaltung sind ferner auch in ihren Voraussetzungen und Wirkungen verschieden. Anders aber, wenn in Wahrheit, trotzdem vom Zurückbehaltungsrecht gesprochen wird, aufgerechnet werden soll. Dazu kommt: wo das Recht wegen Geldforderung gegen Geldforderung geltend gemacht wird, steht es materiell der Aufrechnung gleich und führt zu demselben Ergebnisse wie diese (§ 274). Wenn auch beide rechtlich verschieden wirken können, so kommt entscheidend in Betracht, daß in der modernen Gesetzgebung der Arbeiter aus sozialpolitischen Gründen im Interesse seiner Existenzmöglichkeit insofern bevorrechtigt ist, als ihm ein gewisses Existenzminimum nicht geschmälert oder gar genommen werden darf. Führt deshalb bei der Zurückbehaltung einer Lohnforderung das Zurückbehaltungsrecht zu dem wirtschaftlich gleichen, von dem Gesetzgeber verworfenen Ergebnisse wie die Aufrechnung, so ist auch das Zurückbehaltungsrecht bei unpfändbaren Lohnforderungen zu versagen. (S. a. u. zu § 394 Ziff. 3.)

5. Zu Abs. 2. *Weyl 257/8, 553: „Vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung" kann nur auf menschliche Handlungen (nicht auf die Fälle der §§ 833 f., 835 ff.) gehen.

6. Abs. 3. **a**) **RG.** SeuffA. **60** 304: Der § 273 Abs. 3 bildet nicht etwa eine Ergänzung des § 940 ZPO., sondern gehört lediglich dem materiellen Rechte an. Über seine Anwendbarkeit ist im Hauptprozesse zu entscheiden.

b) RG. JW. 05 491, R. 05 617 Nr. 2532: Der Sicherungszweck, dem das Zurückbehaltungsrecht dient, läßt übermäßige Ausdehnung nicht zu; zu derselben Auffassung führen Billigkeit und Treu und Glauben (vgl. auch § 320 Abs. 2). Daher darf, wenn bei Sukzessivlieferungen der Lieferant in Verzug mit Lieferung von Raten des Kaufgegenstandes ist, der Schuldner von dem Kaufpreise lediglich einen entsprechenden Teilbetrag zurückbehalten.

7. Einzelne Anwendungsfälle. a) Gesindedienstverhältnis. S. JDR. 1 Ziff. 6 Abs. 1, 2 Ziff. 8 Ic drittletzter Absatz, 3 Ziff. 7c. — *Gorden (s. a. u. § 273 Ziff. 1). Die Vorschrift des § 394 BGB. findet auch auf die hamb. Dienstbotenordnung generell Anwendung. Nur § 26 Abs. 2 HDO. macht eine Ausnahme und gestattet die Aufrechnung des Straflohns gegen die dem Dienstboten zu zahlende Dienstvergütung. Der Dienstherrschaft steht ein Retentionsrecht weder an der Habe des Dienstboten zu, noch an dem geschuldeten Dienstlohne, soweit gegen ihn eine Aufrechnung nicht statthaft ist. Ersteres folgt aus der Entstehungsgeschichte der hamb. Dienstbotenordnung, letzteres aus den §§ 273, 320 BGB. und dem LohnBG. vom 21. 6. 69. b) Bankier und Sammeldeponent. *Adler, Bankdepotgeschäfte 127 ff.: Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Bankier auch demjenigen gegenüber zu, der Wertpapiere bei ihm in Sammeldepot oder Trefordepot gegeben hat. c) Weitere Anwendungsfälle. α. Bejaht. RG. Holdheims MSchr. 05 265 ff.: Recht des Käufers zur Zurückhaltung der von ihm zu leistenden Zahlungen, wenn der Verkäufer die von ihm zu bewirkenden Lieferungen nicht ausführt, sowie das Vertragsverhältnis vorzeitig kündigt und dadurch dem Käufer Schaden zufügt. — OLG. Bamberg, BayRpflZ. 05 285: Zurückbehaltungsrecht bejaht zugunsten einer Person, die dem Erblasser Unterhalt gewährt hatte, gegenüber einem gesetzlichen Erben an den in ihrem Besitze befindlichen Nachlaßsachen (§ 2022 BGB.). — β. Verneint. OLG. Colmar, ElsLothZ. 05 42 ff.: der § 273 ist nicht anwendbar, wenn der Anspruch des Nachlaßschuldners, wegen dessen er das Zurückbehaltungsrecht geltend machen will, nur auf die tatsächliche Zahlung, nicht auf dasselbe rechtliche Verhältnis gestützt wird, dem seine Verpflichtung entsprungen ist. — LG. Rostock, GewG. 10 182 ff.: kein Zurückbehaltungsrecht des Lehrherrn an den dem Lehrlinge gehörigen, in der Behausung des Lehrherrn benutzten Kleidungsstücken, Betten und Handwerkszeug. In den Besitz dieser Sachen ist er nicht auf Grund des Vertragsverhältnisses gelangt. S. auch JDR. 2 Ziff. 8 zu I (Arbeitsverhältnis).

§ 274. a) S. über einen den § 274 entsprechenden Fall des Zurückbehaltungsrechts nach früherem bayrischen Rechte: BayObLG., SeuffBl. 05 361. b) OLG. Stettin, PosMschr. 05 43 ff. — s. oben zu § 273 Ziff. 2 und 4 b β.

§ 275. 1. a) RG. JW. 05 388/9 Nr. 6: objektive Unmöglichkeit setzt regelmäßig dauernde Unmöglichkeit voraus. Durch einen Brand von Gebäuden auf einem Grundstücke, das hypothekarisch mit einem Restkaufgeld belastet werden sollte, ist die Verpfändung nur zeitweilig bis zur Wiedererrichtung der abgebrannten Gebäude unmöglich geworden. Er muß die Gebäude wieder aufbauen, um seiner Verpflichtung nachkommen zu können. Der Brandentschädigungsanspruch nach § 281 kann nicht verlangt werden. Der § 323 ist nicht anwendbar. Das verkaufte Grundstück ist Zug um Zug gegen Eintragung der Hypothek auf das verpfändete Grundstück mit Gebäuden nach §§ 273, 274 aufzulassen. b) S. jedoch auch RG. SeuffBl. 05 87 ff.: auch ein nur zeitweiliges Hindernis kann im Hinblick auf Natur und Zweck des konkreten Vertragsverhältnisses als ein dauerndes behandelt und daraus eine gänzliche Unmöglichkeit durch Zeitablauf hergeleitet werden. (ROHG. 10 293 ff., RG. JW. 89 345; RG. 42 114 ff., Literaturangabe a. a. O. 91.)

2. **RG. 60** 160 ff., JW. **05** 240, R. **05** 279 Nr. 1261, 645 Nr. 2656 — s. a. o. zu § 242 Ziff. 3 d ε —: Auch bei einer eigenen vorsätzlichen Handlung kann nach der besonderen Gestaltung des Falles anzunehmen sein, daß der Handelnde den Umstand im Sinne des Gesetzes nicht zu vertreten hat. Voraussetzung ist, daß das vorsätzliche Handeln gegen die Vertragspflicht (§§ 242, 157) verstößt. (Dies wurde verneint in einem Falle, wo bei Säumigkeit des Käufers die Verkäuferin, um sich von der Zubußenpflicht zu befreien, die verkauften Kuxe der Gewerkschaft zur Verfügung stellte. Der vertragstreue Teil ist gegenüber dem säumigen nicht noch zu positiven Aufwendungen gezwungen.)

3. **RG.** R. **05** 106 Nr. 275, s. GruchotsBeitr. **48** 880 ff., JDR. **3** § 275 Ziff. 4.

Zu §§ 276 ff. Literatur: Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. f. d. D. R. München, 1905.

*Weyl untersucht die Begriffe „Verschulden", „Vorsatz", „Fahrlässigkeit", „Kennenmüssen" usw. (Teil I) und prüft sie (Teil II) auf ihre Zugehörigkeit zum „Verschulden". In Kap. II (505—623): Systematischer Aufbau dieser Begriffe und eine „Theorie des Verschuldens".

I. Hauptergebnis. 1. Zunächst die Ausscheidung gewisser anscheinend bzw. auch nach Ansicht der Materialien und Literatur unter das Verschulden gehöriger, in Wahrheit aber nur objektives, nicht zugleich subjektives Unrecht enthaltender Begriffe (Näheres 506 unter 1). 2. Die übrig bleibenden Begriffe eines „Verschuldens" teilt Weyl in 2 große Gruppen, deren eine das wirkliche, echte, eigentliche Verschulden umfaßt (Näheres 508), während die andere (Näheres 507) nur ein Verschulden im uneigentlichen, weiteren Sinne (mehr eine Belastung des moralischen als des intellektuellen Kontos) enthält (ein „sich schuldig machen"). Das gegenseitige Verhältnis der Begriffe erhellt aus nachstehendem Schema (510):



II. Im übrigen erörtert *Weyl insbesondere folgende Fragen (513—623): a) Das sog. „Verschulden gegen sich selbst" (517 ff.), dem er unter genauester Zusammenstellung und Nachprüfung aller einschlägigen Gesetzesstellen gegen Zitelmann und Rümelin mit Crome und Gottschalk Existenzberechtigung für die Theorie des Zivilrechts abspricht (523 ff.), immerhin aber in Anerkennung einer besonderen Lage der in Frage kommenden Normen, z. B. zu Modifikationen in der Anwendung der §§ 827 ff. gelangt (526). b) Die Elemente des Verschuldens (529 ff.) als innerliches, seelisches, ein Willens- bzw. Vorstellungs- bzw. Erkenntnisfehler beim Verschulden im eigentlichen Sinne, ein Gesinnungsfehler beim Ver-

schulden im w. S.; dazu eine äußere Betätigung (ein Handlungsfehler), der auch in Unterlassungen bestehen könne (531). c) Die Folgen des Verschuldens (533 bis 570): im Vordergrunde Schadensersatzpflicht (538 f.) (aber nicht mit Verschulden in unbedingter gegenseitiger Wechselwirkung stehend), sondern namentlich Nichtwert oder Verlust eigener Ansprüche (was für die Lehre vom „Verschulden gegen sich selbst" wichtig) sowie Ehescheidungs-, Enterbungs- und Erbunwürdigkeitsgründe. — Eingehend wird sodann (540) die gesetzliche Ausdrucksweise bezlg. dieser Verschuldensfolgen geprüft, namentlich „vertreten", „verantwortlich", „haften", „Schaden ersetzen", und untersucht, wieweit diese auf ein „Verschulden" hinweisen (oder nicht) und wieweit sie miteinander identisch sind. d) Das „Verschuldensprinzip" (563—570) (nicht „Verschuldungsprinzip") teilt Weyl auch in ein solches im eigentlichen und im weiteren Sinne und prüft seine Anwendbarkeit im Gesetze sowie seine Anwendung in Materialien, Literatur und Judikatur. e) Die „beteiligten Personen" (571—606) sind insbesondere der „Täter" und der „Verletzte". Betreffs jenes wird namentlich die Frage nach der Verantwortlichkeit (575—589) geprüft — vgl. hierzu unten zu § 276 I 3 und zu §§ 827 f. — und die Frage nach der Täterschaft der juristischen Personen (590—593); vgl. dieserhalb Näheres bereits oben zu §§ 31, 89 (590 ff.). Über „sonstige Beteiligte", nämlich Mittäter, Anstifter, Gehilfen usw., vgl. 593 bis 597 sowie unten zu § 278. Betreffs des Verletzten vgl. wegen des sog. „konkurrierenden Verschuldens" (599—606) bereits oben zu § 254. f) Der Fortfall des Verschuldens und seiner Folgen (607—621) kann auf Mangel des Verschuldens selber oder auf bloßem Fortfall der Folgen beruhen, letzterer z. B. auf „Verzeihung", „Einwilligung des Verletzten", „Kulpakompensation" (wobei aber die echte und die unechte zu trennen sind), vereinzelt auch auf Teilnahme der Gegenpartei durch eine eigene Handlung bzw. durch Abwendung von dem tadelnswerten Verhalten (619). g) Betreffs der Beweislast (621—623) werden die Regel (Inkulpations-) und die Ausnahmen (Exkulpationsbeweis) erörtert und durch die gesetzlichen Fälle verfolgt.

§ 276. 1. Grundlegung. Dogmatisches.

a) Abs. 1. *Weyl erörtert:

I. Vorsatz (32—38). Formen — Vorsatz allein — Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit bzw. Fahrlässigkeit überhaupt — Vorsatz und Widerrechtlichkeit. — A. Begriffsbestimmung (388—412): Trennung vom dahinterliegenden Motive. — Elemente: Willensmoment, gerichtet auf Rechtswidrigkeit, Bewußtsein dieser Rechtswidrigkeit und der Kausalität des Tuns; dagegen nicht Wollen (Bezwecken) des Erfolges, also „Tat", nicht Erfolgswille. — Vorstellungs-, nicht Willenstheorie. — Die Rechtswidrigkeit muß zugleich eine subjektive und (gegen Kipp) eine objektive sein. — Dolus eventualis genügt. — Vorsatz ausgeschlossen, wenn Täter ein stärkeres Gegenrecht irrig annahm. — Schaden braucht nicht gewollt und eingetreten zu sein. — B. Definition. — Charakter des im Verschulden steckenden Fehlers „Verantwortlichkeit" Voraussetzung? C. Beweislast nur zu § 912 I geregelt. D. Verhältnis des Verschuldens zu den anderen Verschuldensbegriffen (404 ff., 410). E. Verhältnis des Verschuldens zum Dolus des gemeinen Rechtes (410 ff.). II. Fahrlässigkeit. A. Fahrlässigkeit schlechthin. B. Insbesondere grobe Fahrlässigkeit. — Zu A: Fahrlässigkeit schlechthin. Materielles (38—45). Begriffsbestimmung (99—138). Um den Begriff, wie ihn das Gesetz selbst in § 276 I Satz 2 in uns bindender Weise bietet (Definition? vgl. 129/30) bestimmen zu können, analysiert W. der Reihe nach die Begriffe „Sorgfalt" (100 f.) „erforderlich" (101—105), „im Verkehr" (105—129) und „Außerachtlassung" (129). — Insbes. „erforderlich", also nicht „üblich" (Schlendrian) (101), Existenz von Polizeiverordnungen nicht

beweisend. Wer „erfordert“ diese Sorgfalt? Die Rechtsordnung, nicht der Verkehr (103 f.). Insbes. „Verkehr“ (105 ff.). Nachprüfung des gesetzlichen Sprachgebrauchs zu diesem Worte. Aber nur die Anschauungen eines „gesunden“ und „verständigen“ Verkehrs; abstrakter, objektiver Maßstab eines Normalmenschen (pater fam. redivivus). Wie erklären sich aber Unterschiede, die (113) gelegentlich anerkannt werden müssen? Es ist in Wahrheit ein mehrfacher Maßstab anzulegen nach den verschiedenen Berufszweigen, innerhalb derer aber wieder lediglich das Normalmaß (der Typus, κανών) entscheidet, nicht etwa die individuelle Beschaffenheit des einzelnen (117). Doch darf sich niemand gefahrlos in Dinge einmengen, zu denen ihm Fachkenntnis fehlt (was sich aber nicht aus „Garantiepflicht“ erklärt oder aus der Titzeschen Unterscheidung (122/3). Zusammenhang mit „ordnungsmäßig“ und mit den „Sorgfaltsarten“ im HGB. (126 ff.), gesetzliche Musterbeispiele im § 1980 Abs. 2 Satz 2, Verhältnis von Fahrlässigkeit und Irrtum (134 ff.). — Zu B: insbes. „grobe Fahrlässigkeit“ (38—42). Begriffsbestimmung (271—283). Das Gesetz sagt nicht „grobes Versehen“. Über den Begriff „grob“ 271/2. Nicht: Maß der Sorgfalt, die jedermann anzuwenden hat (273 bis 276). Grobe Fahrlässigkeit und „Unkenntnis“ (277, 278/9). Grobe Fahrlässigkeit und Dolus (279). III. Verschulden (294 ff.). Die Zusammenfassung von „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“ ist (wie z. B. § 278 ergibt 390) das „Verschulden“. Hierzu ist jedoch folgendes zu bemerken: A. Genau genommen hat (mit Rücksicht auf § 277) die Gleichung nicht zu lauten „Vorsatz und Fahrlässigkeit“, sondern „Vorsatz und Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt“, „Vorsatz und Sorgfaltsvernachlässigung“. B. Neben dem Verschulden im obigen — — eigentlichen, technischen, engeren — Sinne kennt das BGB. noch ein Verschulden in einem uneigentlichen, weiteren Sinne; Genaueres bereits oben zu §§ 276 ff. I C. Zum „Verschulden“ eingehende Bemerkungen 4—11: α. Nicht im technischen Sinne ist der Ausdruck zu verstehen in folgenden Gesetzesstellen: §§ 254, 846, 1299, 1568, 1611, 1933, 2077. Schon hieraus folgt die Notwendigkeit der Zweiteilung, die auch praktisch wichtig (z. B. wegen §§ 827 ff.) (296—311, 314/15). β. Technisch dagegen (gegen Endemann und Leyden) in §§ 42, 53, 160, 228², 240, 498, 616, 702, 767, 989 (Näheres bei diesen Paragraphen) (311/13). γ. Innerhalb des „Verschuldens“ heben sich im Gesetz als Spezialfälle besonders heraus: das „sittliche“ Verschulden des § 1611 (316 [2 b], und das „eigene“ Verschulden (im Gegensatze zum fremden Verschulden, (316 [3], 317 f.); dagegen dieser Ausdruck nicht empfehlenswert zur Bezeichnung des mitwirkenden, konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten. δ. Grade und Abstufungen des Verschuldens selber kennt BGB. (im Gegensatze zum gemeinen Rechte) nicht, ebensowenig besondere Schlagworte für culpa in faciendo ꝛc.; ebensowenig wörtliche Anerkennung des Unterschieds zwischen kontraktlichem und außerkontraktlichem Verschulden (319/320). ε. Über das sog. „Verschulden gegen sich selbst“ vgl. oben zu § 254 (320). ζ. Der Ausdruck „Verschuldung“ und „Verschuldungsprinzip“ besser zu vermeiden, weil Verwechselungen ausgesetzt (321). η. Verhältnis des Verschuldens zu anderen Begriffen (324 ff.). ϑ. Verschulden und Pflicht „zu vertreten“ decken sich nicht, ebensowenig entsprechen sich Verschulden und Schadensersatzpflicht (327/8). ι. Verschulden und Rechtswidrigkeit (328, 337, 361 ff.). κ) Verschulden und „Irrtum“ (328). λ) Verschulden und „Willens- usw. -Fehler“ (348). μ. Beweislast (328, 621 ff.). IV. „Vertreten“ (493 ff.). Dieser Ausdruck (soweit er nicht auf „Stellvertretung“ weist, sondern auf „Haftung“) bezieht sich keineswegs, wie vielfach in der Literatur angenommen wird, lediglich auf Fälle eines Verschuldens (und beweist daher nichts für dessen Vorhandensein, insbes. nicht bei „Verzug“;

Näheres unten zu § 284 Ziff. 1), sondern auch z. B. auf bloße Gewährleistungspflicht sowie auf Haftung wegen „Unvermögens“ oder wegen „Veränderung oder Verschlechterung“.

b) Abs. 1 Satz 3. *Weyl, Bedeutung des § 276 I³ (215, 512 u. 516 ff.): da er sich auf beide vorangehenden Sätze bezieht, so greift die Berücksichtigung der §§ 827 ff. (s. auch daselbst) überall da Platz, wo α. von „Vorsatz“ oder „Fahrlässigkeit“ (bzw. von ihrer Zusammenfassung als „Verschulden“, vgl. oben zu a ζ) die Rede ist (oder von den Unterbegriffen, wie „Arglist“, „Kennenmüssen“, „schuldhaftes Zögern“; vgl. das oben zu §§ 276 ff. angegebene Schema) und zugleich β. von „Vertretungspflicht“ (Haftung, Verantwortlichkeit). Es bleiben also trotz der Stellung der Vorschrift des Satzes 3 an so prononziertem Platz die §§ 827 ff. unanwendbar insbes. auf Fälle des Verschuldens im weiteren Sinne (vgl. oben) und trotz Platzgreifens von eigentlichen Verschuldensbegriffen, z. B. wenn es sich um die Folgen der Ehescheidung, Enterbung, Erbunwürdigkeit handelt. Vgl. hierzu auch Weyl im 47. Jahresberichte der Juristischen Gesellschaft zu Berlin.

c) Abs. 2. *Weyl: Die Dispositivmaxime gilt nur für Haftung wegen Fahrlässigkeit und für nachträglichen Erlaß der Haftung wegen Vorsatzes, aber nicht bei Fällen des Verschuldens im weiteren Sinne (512).

2. Vorsatz und Fahrlässigkeit. S. JDR. 2 § 276 Ziff. 2, 3 Ziff. 1 zu § 276. — a) RG. Holdheims MSchr. 05 236, R. 05 563 Nr. 2261: Voraussehbarkeit des Schadens kein Erfordernis der Haftung. b) Heß, ACivPrax. 97 66/7 — s. o. zu § 249 Ziff. 3d —: Fahrlässig handelt derjenige, von dem es zweckmäßig und notwendig ist, zwecks Vermeidung des Erfolges ein Andersdenken und -Wollen zu verlangen. c) RG. JW. 05 45 Nr. 10, EisenbE. 21 290/1, R. 05 106 Nr. 390 mißbilligt die Auffassung, daß jede vertragsmäßige Übernahme einer gefährlichen Arbeit als Fahrlässigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten zu erachten sei. Es kommt auf den Zweck an.

3. Art und Maß der erforderlichen Sorgfalt. S. JDR. 2 § 276 Ziff. 3 ff., 3 Ziff. 2 ff. Grundsätzliches aus der Rechtsprechung. S. insbes. JDR. 2 § 276 Ziff. 5d, 3 Ziff. 2d. — a) Fuld, EisenbE. 20 188/9. Der Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist verschieden von dem der verkehrsüblichen Sorgfalt; die Berufung auf einen im Verkehr eingerissenen, den allgemeinen Interessen schädliche Schlendrian kann den Geschäftsherrn nicht entlasten. Auf der anderen Seite braucht aber der an die Sorgfalt anzulegende Maßstab nur den normalen Verhältnissen angepaßt zu werden. Nur diejenige Sorgfalt ist zu fordern, welche der Geschäftsherr nach der erfahrungsgemäß begründeten Ansicht der in dem Verkehre stehenden und mit ihm vertrauten Fachleute anzuwenden verpflichtet ist. S. im übrigen unten zu § 831. b) RG. GruchotsBeitr. 49 614 ff. — s. schon JDR. 3 Ziff. 2d unter ε. c) RG. R. 05 193 Nr. 827. Das Verhalten des Beschädigten ist nicht bloß nach dem, was sich hinterher bei kühler Überlegung der wirklichen Sachlage als das Richtige ergibt, sondern vom Standpunkte der zur Zeit des Unfalls gegebenen Situation des Beschädigten und seiner Auffassung hiervon zu beurteilen. d) RG. BayRpflZ. 05 154. Wenn Einrichtungen, die bei ordnungsmäßiger Behandlung nichts Gefährdendes haben, unbeanstandet von Polizei und Publikum bestehen, so darf man ohne besonderen Anlaß ihre Belassung nicht schon deshalb als eine Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erachten, weil die Einrichtung bei nicht ordnungsmäßiger Behandlung jemanden gefährden könnte. Örtliche Gewohnheiten erscheinen hier schon aus dem Grunde von Bedeutung, weil, wenn solche Einrichtungen allgemein bestehen, die bei unvorsichtiger Handhabung gegebenenfalls Gefährdeten mit den Einrichtungen vertraut sind und bei der An-

näherung selbst eine gewisse Vorsicht üben. Übrigens bestehen derartige Einrichtungen nicht bloß an kleinen Orten, sondern an alten Häusern auch in den größten Städten — (Unfall durch eine von einem Lehrlinge heftig aufgestoßene Ladentür — Abweisung der Klage). e) OLG. Colmar, ElsLothZ. 05 270 ff. Wer ein für die Allgemeinheit äußerst gefährliches Gewerbe betreibt und daraus einen großen wirtschaftlichen Nutzen zieht, muß eine sehr hohe, bis an die Grenzen der Möglichkeit gehende Sorgfalt aufwenden, um die der Allgemeinheit drohenden Gefahren auf das äußerste einzuschränken (Unfall durch Ausströmen von Leuchtgas).

4. Haftung für Erfüllung. S. JDR. 1 § 276 Ziff. 3, 2 Ziff. 6, 3 Ziff. 3. — a) Positive Vertragsverletzungen. S. insbes. JDR. 2 § 276 Ziff. 6b zu γ, 3 Ziff. 3b. — α. Krückmann, DJZ. 05 205 ff., erörtert einen Rechtsfall, der beweise, daß wenigstens beim Lieferungsverzuge die Heranziehung des § 276 unentbehrlich, die Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung oder über den Verzug aber ungeeignet sind, um zu einer richtigen Entscheidung der Schadensersatzfrage zu verhelfen. β. RG. Holdheims MSchr. 05 236. Haftung für positive Vertragsverletzung. b) Verhältnis der allgemeinen Haftgrundsätze zum § 823. Vgl. Kipp, JDR. 2 § 276 Ziff. 6a f. α. Dazu LG. Hamburg, HansGZ. 05 Hptbl. 123/4 — im Gegensatze zum AG. Hamburg, ebenda 122 —: die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen tritt an sich unabhängig vom Parteiwillen ein; und wenn auch die Haftung für außervertragliches Verschulden in gewissen Grenzen durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann, so bedarf es dazu doch einer ausdrücklichen Vereinbarung. β. Über Klagenkonkurrenz bei Ansprüchen aus Vertragsverletzung und unerlaubten Handlungen s. unten zu § 280 Ziff. 1. c) Schadensersatzanspruch neben Wandelung und Rücktrittsrecht. RG. Holdheims MSchr. 05 221/2, ElsLothZ. 05 534, R. 05 431 Nr. 1738 hält daran fest, daß der Verkäufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache durch schuldhaft mangelhafte Vertragserfüllung dem Käufer gemäß § 276 zum Ersatze des aus seiner Verschuldung erwachsenen Schadens verhaftet ist. — Weiterhin kann dieser Anspruch mit dem auf Wandelung verbunden werden. Auch neben einem Rücktritt ist er zuzulassen, welcher vertragsmäßig besonders ausbedungen worden ist; ob ein Schadensersatzanspruch neben dem gesetzlichen Rücktrittsrecht aus § 326 geltend gemacht werden kann, bleibe dahingestellt.

5. *Danz, DJZ. 05 384 ff. Der Ausschluß der Haftung für Fahrlässigkeit kann auch ohne wirkliche Abmachung erfolgen.

6. Einzelne Fälle. S. JDR. 2 Ziff. 7, 3 Ziff. 4.

a) Vertragshaftung und außerkontraktliche Haftung, insbesondere Haftung des Gastwirts. S. darüber JDR. 2 Ziff. 7f, 3 § 278 Ziff. 3, § 276 Ziff. 4c. — α. RG. JW. 05 45 Ziff. 9, R. 05 106 Nr. 387. Die Verpflichtung des Gastwirts, die Zugänge und sonstige Räume der Gastwirtschaft und ihres Zubehörs zu beleuchten, besteht unabhängig von seinen Vertragspflichten den Gästen gegenüber und gründet sich darauf, daß er diese Räumlichkeiten einem Verkehre von Menschen geöffnet und bestimmt hat. Gleichgültig daher, ob der betreffende Verletzte in der Gaststube als Schankgast oder als Verwandter auf Besuch sich aufhielt. Es genügt, daß er in der Gaststube sich befand und von da aus den Weg nach dem Abort unternahm. Die Verpflichtung zur Beleuchtung besteht, wenn auf dem Wege Gegenstände aufgestellt waren, die den dort verkehrenden Menschen gefährlich werden konnten. Über das mitwirkende Verschulden des Verletzten s. oben zu § 254 Ziff. 10c zu β. β. RG. GruchotsBeitr. 49 617 ff. Zwischen dem Gastwirt und dem sein Lokal besuchenden Gaste wird ein Vertragsverhältnis gemischter Natur (insbesondere Kauf und Miete) begründet,

wonach unter anderem der Gastwirt (wie ein Vermieter) dem Gaste die von diesem besuchten oder benutzten Räume in gebrauchsfähigem und verkehrssicherem Zustande zu gewähren hat und für ein etwaiges, ihm hierüber zur Last fallendes Verschulden haftet (Unfall bei Benutzung des Pissoirs). S. ferner **RG.** PucheltsZ. **05** 325 ff. γ. **RG.** JW. **05** 229 Nr. 5. Unbestreitbar ist der Gastwirt verpflichtet, die Räume, die er dem Wirtschaftsverkehr eröffnet, mit den Einrichtungen zu versehen, deren Vorhandensein der gefahrlose Verkehr der Gäste erfordert. δ. **RG.** JW. **05** 44 Ziff. 7, DJZ. **05** 122 Nr. 8, R. **05** 106 Nr. 386. Es gehört zu den vertraglichen Pflichten eines Wirtes, dafür zu sorgen, daß die Einrichtungen seiner Wirtschaft die Gäste nicht in Gefahr bringen, am Leben oder an der Gesundheit Schaden zu leiden (vgl. vor allem JDR. **3** zu § 278 Ziff. 3a). S. im übrigen oben zu § 254 Ziff. 10c zu β. ε. S. ferner OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 242. Jeder, der sein Haus dem allgemeinen Verkehr öffnet, ist verpflichtet, für die Sicherheit der seine Räume benutzenden Personen zu sorgen, insbesondere der Wirt (Abortunfall, s. unten zu b γ). ζ. **RG.** JW. **05** 185 Nr. 36, R. **05** 250 Nr. 1106. Aus dem Transportvertrag ergibt sich für den Eisenbahnunternehmer die Verpflichtung, dem Reisenden einen sicheren Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren. Die Nichtgewährung begründet die Verletzung einer Vertragspflicht. η. **RG.** JW. **05** 185 Ziff. 36, EisenbE. **22** 40/1. Vertragspflicht des Eisenbahnunternehmers, dem Reisenden einen sicheren Ausgang aus dem Bahnhofe zu gewähren. Haftung für das betreffende Verschulden seiner Organe. ϑ. S. auch Brückner, Die Haftpflicht derjenigen, welche die ihrer Verfügung unterstehenden Räume dem öffentlichen Verkehre gewidmet haben, für die ordnungsmäßige und verkehrssichere Beschaffenheit dieser Räume, R. **05** 329—331; er erörtert die verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten, auf die sich die Haftpflicht gründen kann, insbesondere die Vertragspflicht für Gastwirte und Restaurateure (im wesentlichen Mietsverhältnis), sowie für Inhaber von Schauspielhäusern, Konzertlokalen oder Ausstellungsräumen, ferner für staatliche und private Eisenbahnunternehmungen. Diese Schadensersatzpflicht kann nur für solche sich in den betreffenden Räumen ereignenden Unfälle entstehen, die nach der — bei den einzelnen Fällen zu verschiedenen Zeiten eintretenden — Begründung des betreffenden Vertragsverhältnisses entstehen. Anwendung des § 278 und des § 254. Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung des RG.

b) Haftung des Hauseigentümers. α. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 921 ff. Die Pflicht des Eigentümers eines Hauses, für die Sicherung des dortigen Verkehrs auch gegen solche Gefahren zu sorgen, die nicht aus der baulichen Beschaffenheit des Hauses entspringen, hat ihren Grund in der Macht, über das Haus und den in ihm stattfindenden Verkehr zu verfügen. Überträgt er diese Verfügungsmacht dadurch auf einen anderen, daß er ihm das ganze Grundstück vermietet, so hat nunmehr der Mieter diese Pflicht. Anders, wenn der Eigentümer ein Haus nicht im ganzen, sondern in Teilen an mehrere Personen vermietet. (Näheres s. zu § 823.) β. **RG.** JW. **05** 640 Nr. 6, DJZ. **05** 1121. Auch wenn der Laden vermietet ist, bleibt für den baulichen Zustand der Hauseigentümer als derjenige, der den dem öffentlichen Verkehr geöffneten Laden mit seinem Zugange dem Mieter zur Benutzung als Laden überlassen hatte, Dritten gegenüber verantwortlich, wenn auch möglicherweise neben dem Mieter. (Verneinung, daß die erforderliche Sorgfalt verletzt sei, bei einer in einer Steinstufe ausgetretenen flachen Mulde.) γ. Abortunfall. S. JDR. **3** § 276 Ziff. 7p. — **RG.** JW. **05** 16 Nr. 9, R. **05** 106 Nr. 390. Keine Haftung des Hauseigentümers, der den Gang des nicht vermieteten ersten Stockwerkes nicht beleuchtet hatte, gegenüber dem Verletzten, der Räume im Erdgeschoß und zweiten Stockwerk inne hatte, den Abort des Erdgeschosses wegen seiner Unreinlichkeit nicht

aufsuchen wollte und den des zweiten Stockwerkes wegen der Dringlichkeit des Bedürfnisses nicht aufsuchen konnte, deshalb den Abort im ersten Stocke, den er an der gleichen Stelle wie den im zweiten vermutete, zu erreichen versuchte und hierbei verunglückte. Auf der betr. Altane war damals kein Verkehr eröffnet, und der Verletzte hatte auf ihr nichts zu suchen. Der Besitzer brauchte nicht mit der Möglichkeit zu rechnen, der Gang könnte, während die Räume unbewohnt waren, von Kindern, von Personen im Zustande der Trunkenheit oder infolge Verwechselung des zweiten mit dem ersten Stockwerke betreten werden. Es ist auch kein Verschulden, daß er das unbewohnte erste Stockwerk unverschlossen gelassen oder es unterlassen hat, den Verunglückten auf die Bodenöffnung aufmerksam zu machen. — S. auch OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 242 o. zu a ε.

c) Beteiligung an einem gefährlichen Unternehmen. **RG.** JW. **05** 528 ff. Nr. 8, R. **05** 617 Nr. 2533. Darin, daß jemand einen anderen überredet, sich mit ihm an einem Unternehmen zu beteiligen, welches gewisse Gefahren mit sich bringt, liegt an sich noch kein Verschulden. Sind die fraglichen Gefahren allgemein bekannt, jedem vernünftigen erwachsenen Menschen bewußt oder erkennbar, so darf derjenige, der dem anderen zur Teilnahme zuredet, voraussetzen, daß dieser auch seinerseits die Gefährlichkeit der Handlung vor Augen habe und sich danach die Sache überlege. Läßt sich dieser alsdann durch die Überredung zu dem Wagnisse bestimmen und stößt ihm bei dessen Ausführung ein Unglück zu, so wird dafür der andere in der Regel nicht (rechtlich) zur Verantwortung gezogen werden können. Verschieden hiervon liegt die Überredung des Unerfahrenen durch den Sachkundigen. Doch ist auch diese Haftung zu begrenzen nach dem Bereiche der Ursächlichkeit des schuldhaften Handelns, wenn z. B. durch ein zufälliges, vom Unternehmen unabhängiges Ereignis der Kausalzusammenhang unterbrochen wurde. (Verneinung der Haftbarkeit eines Radfahrers, der einen Neuling veranlaßte, mit ihm ein Tandem zu besteigen und in einen unverschuldeten Notstand durch einen Omnibus geriet, wobei der Mitfahrer verunglückte.)

d) Verhalten Kindern gegenüber. **RG.** JW. **05** 16 Nr. 8. Prüfung, inwieweit der Eigentümer eines Raumes, in dem eine Häckselmaschine stand, verpflichtet war, die Annäherung von Kindern auszuschließen, ob nicht nach den berechtigten Anschauungen des Verkehrs die Anwesenheit einer auf dem Hofe ständig beschäftigten Person genügte, um die Annäherung der Kinder und die Übertretung des ihnen gegebenen Verbots zu hindern, und ob nicht der Besitzer berechtigt war, von der Mutter des verunglückten siebenjährigen Kindes zu erwarten, daß sie ein unvorsichtiges Gebaren des Sohnes verhindere. (Das verurteilende Erkenntnis des KG. wurde aufgehoben.) S. auch u. zu § 832.

e) Anbieten einer Sitzgelegenheit. OLG. Kassel, SeuffA. **60** 391 ff. Wer eine Sitzgelegenheit anbietet, muß dafür sorgen, daß sie für die regelmäßige Benutzung eine sichere, ruhige Unterlage bietet. (Haftung in Höhe von drei Vierteln des entstandenen Schadens angenommen in einem Falle, wo der Beklagte den Kläger eingeladen hatte, sich zu ihm auf eine auf die Treppeneinfassung gelegte Holzbohle zu setzen. S. das Nähere a. a. O. und o. zu § 254 Ziff. 10c β a. E.

§ 277. *Weyl: I. diligentia quam suis (53/54); Begriffliches (283 bis 291). „Sorgfalt", die man „anzuwenden pflegt" (also die individuelle Sorgfalt des Schuldners dieses konkreten Rechtsverhältnisses) in „eigenen Angelegenheiten" (nicht bloß Rechtsangelegenheiten). Also bei dieser diligentia bzw. neglegentia quam suis konkreter, subjektiver, oder richtiger relativ-abstrakter, abstrahierend-konkreter Maßstab entsprechend den Gepflogenheiten des Täters überhaupt. — Die neglegentia quam suis ist ein gröberer Grad als culpa levis, gibt aber

keinen Freibrief für „grobe" Fahrlässigkeit, nimmt also Zwischenstufe ein zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit. — Unanwendbar außerhalb des casus lege expressi und für Deliktsobligationen. — Berücksichtigung des Berufs (wie bei Fahrlässigkeit) hier nicht statthaft (288). Verhältnis zur Fahrlässigkeit!! (289, 290). II. Grobe Fahrlässigkeit s. o. zu § 276.

§ 278. Literatur: K. Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB. München 1905. — Schmölder, Die Haftung der Wirte für Unfälle ihrer Gäste, DJZ. 05 829—832. — Weyl, System usw. (s. o. zu § 276).

1. Dogmatisches. S. JDR. 1 § 278 Ziff. 1a—e, 2 Ziff. 2, 3 Ziff. 1.

a) *Fischer führt aus: α. Unter dem „Verschulden des gesetzlichen Vertreters" ist nicht nur das rechtsgeschäftliche, sondern auch das deliktische zu verstehen; gesetzliche Vertreter im Sinne dieser Vorschrift sind nicht der Geschäftsführer der offenen Handelsgesellschaft, der Konkursverwalter, der Verwalter eines sequestrierten Grundstücks (14/6). β. Als kürzerer Ausdruck für die Bezeichnung des Gesetzes „Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient" wird vorgeschlagen „Erfüllungsdiener", als gemeinsamer Ausdruck für Erfüllungsdiener und gesetzliche Vertreter: „Erfüllungsmittler" (16). γ. Wo es sich um die Leistung einer Sache handelt, durch deren Vollzug das Schuldverhältnis beendet wird, aber nicht erschöpft ist, wo sich der Schuldner „in latenter Erfüllung" befindet, ist er (abgesehen vom Schuldverhältnis der Miete) nach § 278 verantwortlich für den, dem er eine qualifizierte Einwirkungsmöglichkeit zugestand, insbesondere die Obhut über die Sache übergab oder ein Recht auf ihren Besitz verlieh. Die Verwendung eines Erfüllungsmittlers zur Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht wird nicht von § 278 getroffen, weil es an einem dem Schuldner gegenüberstehenden Gläubiger fehlt (25/9). δ. Der Schuldner haftet nicht für ein Verschulden des Erfüllungsdieners bei Vornahme einer Vorbereitungshandlung zur Erfüllung; wohl aber für ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters bei dieser Gelegenheit, falls es sich um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung handelt (30/2). ε. Es ist nicht Verschulden des Erfüllungsmittlers in Ausführung der geschuldeten Leistung nötig, um die Verantwortlichkeit des Schuldners nach § 278 zu begründen, sondern es genügt ein solches Verschulden bei Gelegenheit dieser Ausführung; Beweis: αα. Gegensatz ähnlicher Gesetzesbestimmungen. ββ. Die Entstehungsgeschichte des § 278. γγ. Der 2. Satz des § 278, der mit der Möglichkeit rechnet, daß für Vorsatz des Erfüllungsmittlers gehaftet wird. δδ. Die Ausdrucksweise des Gesetzes im § 549 Abs. 2. Die Abgrenzung gegen eine uferlose Haftung des Schuldners ist nicht aus § 278 selbst, sondern aus allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen, nämlich aus dem Erforderniſſe des Kausalzusammenhanges (32/8). ζ. Nach einer Theorie zu suchen, die die Haftung aus § 278 von allgemeinen rechtlichen Gesichtspunkten aus erklärt, war für die Gebiete des gemeinen und des französischen Rechtes Notwendigkeit; gegenüber dem BGB. ist es wertlose Spielerei (44/57). η. Verhältnis des § 278 zu § 831: §§ 278 und 831 stehen sich ganz selbständig gegenüber; keiner ist Regel, keiner ist Ausnahme. Wegen einer Handlung, die zugleich Vertragsverletzung und Delikt ist, kann nach beiden Schadensersatz verlangt werden (89/91).

b) Golde — s. u. zu § 280 Ziff. 1b — behauptet a. a. O. 411 ff. die Konkurrenz der Rechtssätze aus §§ 278 und 831, s. auch 416/7.

c) *Weyl: Eigenes Verschulden (316). Das BGB. gebraucht diesen Ausdruck nie zur Bezeichnung des Verschuldens des Beschädigten (vgl. oben zu § 254). — „Vertreten": wie oben zu §§ 91, 276 I. — „In gleichem Umfange" 596c. Sind in § 278[1] die §§ 827 ff. hineinzubeziehen? darüber 585, 595[4].

Tragweite des § 278 ist gering (595). Bei uneingetragenen Vereinen richtet sich die Haftung für Vorstand zc. nicht nach § 31 BGB., sondern nach § 278 (167, 590[3], 158[3]); er greift aber dennoch nicht Platz, wenn wegen Verschuldens des Lehrers gegen den Direktor einer Privatschule geklagt werden soll (158 Anm. 3). Wegen der Verweisung auf § 278 in § 254 II [2] vgl. daselbst 603 ff.

d) *Bruck, Obhutspflicht des Mieters, ABürgR. 27 110—133:

α. „Sich jemandes zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedienen" erfordert: αα. die Absicht des Schuldners, eine Verbindlichkeit zu erfüllen und dies mit einer Hilfsperson auszuführen (Erfüllungshandlung); ββ. die Hilfsperson dazu besonders anzustellen, und zwar mittels einer Feststellung ihr gegenüber, die entweder in einer Kundgebung für alle Fälle oder den einzelnen Fall, in jeder beliebigen Form und jedem Rechtsverhältnisse bestehen oder durch stillschweigende Vereinbarung geschehen kann (118/9). Anwendung auf die Familienangehörigen und Dienstboten, insbesondere bei der Miete. Beim Gesinde kommt es auf die Zugehörigkeit der Handlung zu dem ihm zugewiesenen Pflichtenkreise an. Nicht jeder Mitgebrauch einer Mietwohnung dient als Erfüllungshandlung, z. B. bei Gästen (120/1).

β. Verschulden der Hilfsperson kann vorkommen αα. in Ausführung der Erfüllungshandlung, durch Verletzung der Vertragspflicht gegen den Schuldner der Hauptverbindlichkeit, der als Kontrahent gegenüber der Hilfsperson Gläubiger der Erfüllungshandlung ist, z. B. bei der Miete in dem davon losgelösten Schuldverhältnisse des Dienstvertrags mit Gesinde; auch durch Unterlassen; auch durch Beschädigung einer Sache, womit die Hilfsperson nicht gerade in Erfüllung der Hauptverbindlichkeit beschäftigt ist, sobald noch ein Zusammenhang zwischen dieser Handlung und dem Schuldverhältnisse besteht; nicht: nur gelegentlich der Erfüllungshandlung; der Hauptverpflichtete zieht auf eigene Gefahr die Hilfsperson zu. (Stellung des § 278 im Systeme.) ββ. durch unerlaubte Handlung; auch ohne Erfüllungshandlung, z. B. beim bloßen Mitgebrauch des Mietobjekts (125—129). — S. a. u. zu §§ 548 Ziff. 1, 549 Ziff. 1.

2. LG. Magdeburg, NaumburgAK. **05** 34/5. § 278 will nur für den Fall Bestimmung treffen, daß die Unmöglichkeit der Leistung durch Verschulden der Vertreter usw. herbeigeführt wird; der Schuldner soll nicht haften für jeden Schaden, der bei Ausführung der Leistung schuldhaft verursacht wird und unter Umständen ein ganz anderes Objekt als die Leistung betreffen kann.

3. Vertragshaftung und außerkontraktliche Haftung. **a)** **RG.** JW. **04** 484 Nr. 6 — s. JDR. **3** § 278 Ziff. 3b — s. jetzt auch EisenbE. **21** 178 ff. **b)** S. ferner darüber, insbes. über die Haftung des Gastwirts und Eisenbahnunternehmers o. zu § 276 Ziff. 6 a. **c)** *Schmölder, DJZ. **05** 829 bis 832. Die Unternehmer eines Vergnügungsgartens und eines Warenhauses pflegen die ihnen nicht genehmen Personen durch einen Portier zurückzuweisen. Bei den Zugelassenen setzen sie nur den Willen voraus, das ihnen Gebotene auf sich einwirken zu lassen, und je nachdem ihnen etwas gefällt, eine Bestellung zu machen, einen Kauf abzuschließen. Demgemäß treten sie mit denen, die diesen Willen haben, schon bei deren Eintritt in ein Vertragsverhältnis. Stillschweigend verpflichten sich die Eintretenden zur Vermeidung jeder der Verkehrssitte widersprechenden Berührung und Benutzung, die Unternehmer zur Gewährung eines gefahrlosen Verkehrs. Also die Unternehmer haften bei Unfällen der Eingetretenen nach § 278, nicht nach § 831.

4. Aus der Rechtsprechung. Einzelne Fälle. S. JDR. **1** zu § 278, **2** Ziff. 9, **3** Ziff. 7. — **a)** Theaterunfall. Haftung für Schauspieler. α. **RG.** JW. **04** 459 Z. 3, DJZ. **04** 1137 — JDR. **3** § 278 Ziff. 7n — s. jetzt auch **RG.** **59** 22/3. β. Bodenheim, DJZ. **05** 1003 führt gegen **RG.**

59 22 aus: der Theaterunternehmer haftet für Verschulden des Bühnenkünstlers einem Zuschauer gegenüber nicht nach § 278, sondern nach § 831. Gegenstand seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Besucher des Theaters ist nicht die auf dem Programm angekündigte Produktion als solche, sondern die Gewährung der Gelegenheit, den Künstler im Theater sich produzieren zu sehen, die Veranstaltung der Vorstellung; der Theaterunternehmer hat sich nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Besucher des Artisten bedient, sondern ihn zu der Verrichtung der angekündigten Produktion bestellt, er kann sich durch den Beweis, er selbst habe die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl usw. beobachtet, von der Haftpflicht für Verschulden des Künstlers befreien (§ 831 Satz 2). **b**) Pensionsvertrag. Josef, R. **05** 426 ff. Wenn die Bediensteten eines Pensionsgebers das zwecks Reinigung oder anderer Verrichtungen in ihre Hand gelangte Kleidungsstück des Pensionärs oder das darin befindliche Geld unterschlagen, oder wenn sie einen Geldbetrag, der ihnen vom Pensionär zur Ablieferung an einen Dritten übergeben ist, verlieren, die übertragene Verrichtung also nicht ausführen, so liegt der Fall des § 278 vor. Anders aber, wenn jene Personen bei der Reinigung des Zimmers oder gar bei unbefugtem Aufenthalt in ihm die Gelegenheit zur Ausführung eines Diebstahls an Sachen des Pensionärs benutzen. Während in den vorerwähnten Fällen die schuldhafte Handlung zur Erfüllung der dem Pensionsgeber obliegenden Verbindlichkeit derart gehört, daß ihre richtige Ausführung sich als die geschuldete Leistung darstellt, liegt im soeben gedachten Falle nur eine anläßlich der Erfüllung, bei Gelegenheit der Erfüllung verübte schuldhafte Handlung, die also nur in mittelbarem Zusammenhange mit der Erfüllung steht. **c**) Haftung der Rechtsanwälte und Notare für Gehilfen. S. JDR. **1** § 278 Ziff. 6, **2** Ziff. 6, **3** Ziff. 5. — OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 296 ff. Eine generelle Vertretungsbefugnis des Bureauvorstehers eines Notars kann nicht anerkannt werden. Er hat lediglich Vollmacht zur Entgegennahme von Anträgen, über deren Annahme der Notar selbst entscheidet, soweit nicht im einzelnen Falle für eine weitergehende Vertretungsmacht ein besonderer Anhalt vorliegt. — Es ist davon auszugehen, daß der im Bureau eines Notars angestellte Bureauvorsteher, der einen Vertragsantrag in Notariatsangelegenheiten annimmt, als Geschäftsführer ohne Auftrag seines Dienstherrn handelt. **d**) Versicherungsverhältnis. S. auch JDR. **2** § 278 Ziff. 7f. — OLG. Dresden, SächsA. **15** 103/4, R. **05** 223 Nr. 967. Haftung eines Versicherten für den Gehilfen, dessen er sich bei Erfüllung seiner Pflicht aus dem Versicherungsvertrage bedient. Unter „seinem Verschulden" (in den Versicherungsbedingungen) ist jedes dem Versicherten nach dem Gesetze zurechenbare verstanden. **e**) Schleppschiffahrtsvertrag. Vgl. JDR. **3** § 278 Ziff. 7h. — OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hauptbl. 78 ff., R. **05** 499 Nr. 1917. Die Voraussetzung des § 278 liegt dann nicht vor, wenn der Mieter zwecks ordnungsmäßiger und üblicher Benutzung einer Schute zum Transport einen Schleppdampfer engagiert oder durch seinen eigenen Dampfer die Schute schleppen läßt. Der Besatzung des Schleppers bedient er sich nicht zur Aufsicht und Bewachung der Schute; sondern der Schlepper leistet ihm in stillschweigend gestatteter Weise zu seinem Nutzen die zum Transport erforderlichen Dienste. **f**) Haftung des Gastwirts für Kellner. OLG. **10** 159, SchlHolstAnz. **05** 183 R. **05** 223 Nr. 968 (KG.). Der Gastwirt haftet nur dann für Verschulden seines Kellners, wenn dieser bei der Bedienung des Gastes den Schaden anrichtet; solange er nicht wirklich im Interesse der Bedienung gerade des einzelnen Gastes tätig wird, zählt er nicht zu den Hilfspersonen, deren der Restaurateur zur Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeit gegenüber diesem Gaste sich tatsächlich bedient. ➵ Dieser Entscheidung kann nicht beigetreten

werden. Der Fall lag so, daß ein Kellner, der in Zimmer Nr. 1 bediente, einer Dame in Zimmer Nr. 2 aus Ungeschicklichkeit Sauce über das Kleid gegossen hatte. Das KG. übersieht, daß der Gast nicht bloß einen Kaufvertrag über die bestellten Gegenstände, sondern auch gleichzeitig einen größeren, „gemischten", „zusammengesetzten" Vertrag — den „Gasthausvertrag" — eingeht. In dessen Erfüllung befindet sich jeder Kellner des Lokals jedem Gaste gegenüber. Diese Verbindlichkeit ist hier verletzt. — Red. ← g) Krankenanstalt und Pflegling. **RG. 59** 197 ff. Durch die Unterbringung eines Kranken in eine Heilanstalt auf Grund des InvVG. v. 19. 7. 99 (§ 18) wird kein Vertrag zwischen ihm und der Versicherungsanstalt begründet. Das Gesetz schreibt vor, was dem Versicherten zu gewähren ist, und von wem die Kosten aufzubringen sind; es überträgt auch die Entscheidung über das Maß dieser Verpflichtungen den besonderen Behörden. Dem Vertragswillen der Beteiligten ist nirgends Raum gelassen. Ein Zwangsvertrag liegt nicht vor. Auch die nach § 18 Abs. 2 erforderliche „Zustimmung" des Kranken wandelt das dem öffentlichen Rechte angehörige Verhältnis der Versicherungsanstalt zum Versicherten nicht in einen privatrechtlichen Vertrag um. § 278 findet daher keine Anwendung, sondern lediglich § 831. **h**) Haftung eines Rennvereins. OLG. Hamm, R. **05** 473 Nr. 1860. Verpflichtung des Rennvereins, den von den Zuschauern besuchten und benutzten Rennplatz in verkehrssicherem Zustande zu erhalten, insbesondere die Fahnenstangen so zu befestigen, daß sie trotz des herrschenden Sturmes den Zuschauern nicht auf die Köpfe fallen können. **i**) Haftung des Eisenbahnfiskus. **RG.** — JDR. **3** § 278 Ziff. 7 k — s. jetzt auch EisenbE. **21** 68/9 und o. zu § 276 Ziff. 6 a zu η. **k**) Unfall in einer Ausstellung. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 882 ff. — s. bereits JDR. **3** § 278 Ziff. 7 m — jetzt auch R. **05** 106 Nr. 391.

§ 280. 1. Verhältnis der Unmöglichkeit zur Haftung aus § 823. **a**) *Titze, GoldschmidtsZ. **57** 447 gegen O. Ch. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung: Erfüllt die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit der Leistung gleichzeitig den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im Sinne des §§ 823 ff. (es vernichtet beispielsweise der Depositar vorsätzlich oder fahrlässig die hinterlegte Sache), so konkurrieren nicht etwa mehrere Ansprüche miteinander, es liegt auch keine eigentliche Gesetzeskonkurrenz vor, sondern es greift der Satz durch: lex specialis derogat generali. Das Sonderrechtsgebiet ist aber die Haftung innerhalb des Schuldverhältnisses, und es bestimmt sich darum der Schadensersatzanspruch des Gläubigers ausschließlich nach kontraktlichen Gesichtspunkten. — **b**) Golde, Das Verhältnis der Haftung aus unerlaubten Handlungen zur Haftung für vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit einer Leistung, Bernhöft, Beitr. Heft 6 394—418, tritt gegen Endemann (I 907) für die Konkurrenz der Haftungen aus den §§ 280, 325 einerseits und aus § 823 anderseits ein. — Wie steht es in den Fällen, wo der Schuldner nicht Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, sondern seine Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt ist (§§ 300, 521, 599, 680, 968)? Ebenso bei Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten? und im Falle von §§ 276 Abs. 2, 278 Satz 2? Gegen v. Liszt (Deliktsobligation 13 ff.) macht er in diesen Fällen den Schuldner auch für leichte Fahrlässigkeit usw. verantwortlich, wenn die Voraussetzungen des § 823 erfüllt sind (408). — Über die Beziehungen des § 278 zu §§ 280, 325 s. a. a. O. 412 ff. und o. zu § 278 Ziff. 1 a η u. b.

2. *Henle, SeuffBl. **05** 749 ff., tritt dem die Klage der unterhaltsberechtigten Klägerin abweisenden Urteil des OLG. Cöln v. 8. 6. 04, OLG. **9** 448 (Ehegatten in Fahrnisgemeinschaft entzogen sich gegenüber der Mutter der

Frau durch Einführung von Gütertrennung und Gesamtgutsübertragung auf den Mann ihrer Unterhaltspflicht) entgegen: in der Vereitelung der Unterhaltspflicht seitens eines gesetzlich Unterhaltsverpflichteten durch anfechtbare Vermögensverringerung oder -Aufgabe (§ 1603 Abs. 1 BGB.) liegt ein von ihm zu vertretender Umstand; verwandelt sich demgemäß nach § 280 BGB. seine ursprüngliche Unterhaltspflicht in die Pflicht zur Leistung des Interesses. Er schuldet seine Leistung nun nicht mehr qua Unterhalt, sondern qua Gelderſatz (§ 251 BGB.), →→ bzw. da Unterhalt nach § 1612 BGB. primär als Geldrente zu leisten ist, nicht qua Unterhaltsgeldrente, sondern qua Geldentschädigungsrente (damit erledigt sich die in R. **06** 71 vermißte Nichtanführung des § 1612). ←← Hierbei ist mit dem als vervielfältigt (mit jedem Moment sich erneuernd) gedachten Unterhaltsanspruch auch die anfechtbare Rechtshandlung als ebenso vervielfältigt (stets gegen jede neu entstehende Unterhaltsforderung gerichtet) zu denken. Dem Interesseanspruch gegenüber versagt die Unfähigkeitseinrede, so daß Unterhaltskläger trotz § 1603 Abs. 1 gegen den Unterhaltsverpflichteten einen vollstreckbaren Titel behufs Anfechtung der Rechtshandlung gegen den Empfänger erhält. Obiges Urteil erscheint daher nicht zutreffend.

§ 281. **RG.** **56** 358 — s. JDR. **3** § 281 Ziff. 2 — s. jetzt auch in SeuffA. **60** 398.

§ 283. OLG. Colmar, PucheltsZ. **05** 676 ff., R. **05** 645 Nr. 2654. Dem Gläubiger wird durch die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Erfüllung keineswegs das Recht genommen, im Falle vorhandener nachweisbarer Unmöglichkeit der Leistung ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, statt nach § 283 eine Frist zu bestimmen. Dies wäre gegenüber §§ 280, 325 Abs. 1 zwecklos und überflüssig.

§ 284. 1. *Weyl: Der Verzug des Schuldners ist (492, 502) (ebenso wie der des Gläubigers) von einem „Verschulden" begrifflich unabhängig; insbesondere besagt der Ausdruck „vertreten" nichts in dieser Hinsicht (was die Literatur zum Teil irrig annimmt). — Anders freilich noch die Materialien und zum Teil die Literatur. „Verzug" — „verzögern", „zögern", „unverzüglich", s. auch zu § 121 I[1] (491); purgatio morae und Kulpakompensation (503). Verhältnis von Schuldner- und Gläubigerverzug (503 f.).

2. *Stölzel, BuschsZ. **35** 42 ff. Die von der 2. Kommission des BGB. protokollarisch festgestellte Erklärung, daß ausnahmsweise die in diesem Paragraphen gewählte Fassung der Eingangsbedingung nicht für die Verteilung der Beweislast verwertet werden solle, beschränkt sich auf die Fälle des § 284 und kann nicht mit Planck (Kommentar zu § 271) auf die von wesentlich anderem Gesichtspunkt aus zu beurteilenden Fälle der §§ 269, 271, 722 BGB. ausgedehnt werden.

3. Heilung des Verzugs. **a)** **RG.** SeuffA. **60** 333/4 — s. auch u. zu §§ 293 ff. Ziff. 1. — α. Es folgt aus dem Wesen des Schuldnerverzugs und seinen Wirkungen von selbst, daß der Verzug für die Zukunft aufhört, wenn der Schuldner das Versäumte nachholt (Mot. II 66). Die §§ 253, 262 des Entwurfs, die diesen Grundsatz für den Erfüllungs- und Annahmeverzug ausdrücklich feststellten, sind als selbstverständlich gestrichen worden. β. Die zur Heilung erforderliche Erklärung der Bereitschaft in einem dem Prozeßgegner zuzustellenden Schriftsatz liegt innerhalb der Prozeßvollmacht (§ 81 ZPO.) und beseitigt den Verzug mit der Zustellung; prozessuale Existenz gewinnt sie erst durch ihre Vorbringung in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht. **b)** **RG.** JW. **04** 13 Ziff. 3, R. **05** 106 Nr. 392 — s. JDR. **3** § 284 Ziff. 1 e.

4. Die Mahnung. S. JDR. **1** zu § 284 Ziff. 3, 6, **2** Ziff. 6, **3** Ziff. 2. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. S. insbes. JDR. **3** a. a. O.

Ziff. 2 b. — **a)** § 284 und § 326. **RG.** SächsA. **15** 60 ff. Die Mahnung nach § 284 und die Aufforderung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 können gleichzeitig miteinander erfolgen (**RG. 50** 2612/). **b)** Sukzessivgeschäfte. **RG. 60** 84, JW. **05** 171 Nr. 10, R. **05** 250 Nr. 1107. Die Bestimmung, daß die Zahlung der Ware am Ende jeder Empfangswoche zu erfolgen habe, ist keine Zeitbestimmung nach dem Kalender im Sinne des § 284, weil sie noch von dem Eintritt eines sonstigen Ereignisses abhängig ist. Die Bestimmung in Satz 2 Abs. 2 des § 284 ist nicht ausdehnend auszulegen und nicht auf Fälle anzuwenden, in denen die Berechnung des Tages nach einem anderen, an sich ungewissen Ereignis erfolgen kann. In gleichem Sinne **RG.** R. **05** 678 Nr. 2805. S. ferner JDR. **3** § 284 Ziff. 2 c. **c)** Zusendung einer Rechnung. LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 22. Die erstmalige lediglich den Charakter einer Notifikation der Schuld an sich tragende Zusendung einer Rechnung oder eines Rechnungsauszugs enthält keine Mahnung im Sinne des Abs. 2 des § 284. S. auch JDR. **3** § 284 Ziff. 2 b β. **d)** Mahnung durch Postauftrag. OLG. München, SeuffBl. **05** 332. Bei Einziehung fälliger Forderungen durch Postauftrag ändert die postrechtliche Bestimmung, daß dem Zahlungspflichtigen, wenn der Gläubiger nicht sofortige Rücksendung des uneingelösten Auftrags vorgeschrieben hat, auf Verlangen eine siebentägige „Lagerfrist" zu gewähren ist, an den zivilrechtlichen Verzugsfolgen nichts. Der Postauftraggeber will dem Säumigen nicht noch eine weitere Stundung von sieben Tagen gewähren. Im allergünstigsten Falle wäre etwa noch anzunehmen, Gläubiger habe, wenn der Postauftrag sofort eingelöst wird, auf die schon eingetretenen Verzugsfolgen verzichten wollen; sonst bleiben sie in Wirkung. (S. PostO. f. d. D. Reich v. 20. 3. 00 § 18 Abs. 9; für Bayern v. 23. 3. 00 §§ 20, 41 Abs. 2.)

5. **a)** Inverzugsetzung durch Wechselprotest. α. OLG. **10** 361 ff. (Frankfurt). Daß die Protestaufnahme unter allen Umständen zum Nachweise der Inverzugsetzung im Wechselprozeß erforderlich ist, ist jetzt jedenfalls (§ 605 ZPO.) zu verneinen. Die durch den Notar als Protestbeamten erfolgende Präsentation ist als eine ordnungsmäßige Inverzugsetzung des Schuldners anzusehen. Sein Auftrag geht dahin, zur Zahlung aufzufordern und die auf die Aufforderung abgegebene Erklärung entgegenzunehmen und den gesamten Vorgang zu beurkunden. Der Umstand, daß der Protestbeamte nicht zur Annahme der Wechselsumme befugt war, schließt den Verzug des Schuldners nicht aus. Die Annahme, daß es bei der Holschuld (im Gegensatze zur Bringschuld) für die Inverzugsetzung des Schuldners nicht genüge, wenn der Beauftragte des Gläubigers zwar zur Zahlungsaufforderung (Mahnung), nicht aber zur Empfangnahme der schuldnerischen Leistung bevollmächtigt ist, würde den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht werden. Selbstverständlich tritt kein Verzug ein, wenn der Schuldner zur Zahlung bereit war und die tatsächliche Bewirkung der Leistung nur an der mangelnden Empfangsbefugnis des Boten scheiterte. Daraus folgt aber nicht ohne weiteres, daß sich der Schuldner auch dann auf diesen Mangel berufen kann, wenn er selbst nicht leisten kann oder will. In solchem Falle muß vielmehr die bloße Zahlungsaufforderung eines dazu Legitimierten genügen. Der Gläubiger braucht nicht darüber hinaus noch einen Versuch zur Abholung der Schuld zu machen; als kausal für die Nichtleistung des Schuldners ist nicht die Unterlassung des Gläubigers, sondern das Nichtvermögen oder der böse Wille des Schuldners anzusehen, der § 285 ist nicht anwendbar. Auch der § 295 ist analog hier heranzuziehen. Eine andere — wohl zu verneinende — Frage ist die, ob der nicht zur Zahlungsempfangnahme legitimierte Protestbeamte einen Protest überhaupt aufnehmen darf und kann, wenn der Wechselschuldner ihm die Zahlung tatsächlich anbietet. β. In gleichem Sinne KG. ebenda 365 ff., wo noch be-

sonders hervorgehoben wird: wenn der Schuldner seine Bereitwilligkeit zur Zahlung erklärt, so steht nicht fest, daß Zahlung nicht zu erlangen sei. Allerdings würde diese Erklärung ohne hinzutretendes tatsächliches Angebot der Zahlung (§ 294) nicht den Verzug des Schuldners ausschließen, wenn der Protestbeamte in der Lage wäre, die Zahlung mit befreiender Wirkung für den Schuldner anzunehmen und diesem dem vom Gläubiger oder von ihm quittierten Wechsel auszuhändigen; allein dies ist (gegen Bernstein 399 und Staub § 15 Art. 87) zu verneinen. Er bedarf einer besonderen Vollmacht. Der zahlungswillige Schuldner wird also durch das Zahlungsbegehren des Protestbeamten nicht in Verzug gesetzt, auch wenn er Zahlung nicht angeboten hat. **b)** Mahnschreiben des Anwalts. α. LG. Berlin I, KGBl. **05** 28. Ist der Schuldner zur Tragung der Kosten der durch seinen Verzug bedingten Klagerhebung verpflichtet, so muß er auch die Kosten des vorhergegangenen Mahnschreibens tragen, zumal wenn es zur zweckdienlichen Rechtsverfolgung sachdienlich und angemessen war. S. auch JDR. **2** zu § 254 Ziff. 12e Abs. 3. ➠ Dort ist der Gesichtspunkt des konkurrierenden Verschuldens gegen den Beklagten zur Anwendung gebracht, der in der Außerachtlassung der klägerischen Warnung liegt. Einfacher und natürlicher ist wohl die vorstehende Entscheidung. Red. ⟵ (S. auch § 91 ZPO.) LG. Naumburg, NaumburgAK. **05** 88, bejaht die Erstattungspflicht in einem Falle, wo es nicht zum Prozesse kam auf Grund des Verzugs. β. OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 189/190, HansGZ. **04** Beibl. 264, R. **05** 106 Nr. 393. Die Kosten einer außergerichtlichen Mahnung können, wenn die Mahnung von Erfolg ist, ein Prozeß also vermieden wird, vom Gläubiger als sein Verzugsschaden ganz ebenso eingefordert werden, wie die Kosten eines infolge des Schuldnerverzugs angegangenen Rechtsanwalts überhaupt. Zahlt ein säumiger Schuldner auch ohne Mahnung, aber erst, nachdem der Gläubiger einen Rechtsanwalt in Anspruch genommen hat, so sind die hierdurch erwachsenen außergerichtlichen Kosten als Verzugsschaden in besonderem Prozeß einzufordern.

6. Einzelne Verzugsfälle aus der Rechtsprechung. S. JDR. **2** Ziff. 8, **3** Ziff. 4. **a)** Verzug beim Gattungskauf. **RG.** JW. **05** 17 Ziff. 10, HoldheimsMSchr. **05** 113/4. Beim Gattungskaufe liegt Nichterfüllung des Vertrags und Lieferungsverzug des Verkäufers vor, wenn beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des Verzugs die Annahme der angelieferten Ware mit Recht wegen vertragswidriger Beschaffenheit verweigert und Ersatzware gemäß § 480 verlangt, diesem Anspruch aber nicht entsprochen wird. Denn die angebotene Ware braucht der Käufer nach § 294 nicht anzunehmen; die geschuldete Lieferung aber ist unterblieben. Im Falle der Annahmeweigerung stellt sich die Lieferung mangelhafter Ware nur als ein erfolgloser Lieferungsversuch dar. S. auch **RG.** Holdheims MSchr. **05** 82 betr. Gattungskauf und Sukzessivlieferungen. — Näheres unten zu § 480 Ziff. 2 b. **b)** Wechsel des Wohnorts. **RG.** SeuffA. **60** 49 ff. (s. auch oben zu § 270). Verschulden und Verzug bezüglich einer Geldschuld ist angenommen in einem Falle, wo die Schuldner es unterlassen hatten, das Geld an den Gläubiger, der inzwischen seinen Wohnort gewechselt hatte, nach seinem früheren Wohnorte zu senden. Sie können nicht behaupten, daß das Geld nicht an den Gläubiger gelangt sein würde; die erhöhte Gefahr wäre nach § 270 Abs. 3 von ihm zu tragen gewesen. **c)** Ungenügende Leistung. **RG.** SeuffA. **60** 51 ff. Keine weitere Mahnung erforderlich bei ungenügender Leistung; Pflicht zur Ergänzung. Nachdem Schuldner davon unterrichtet, daß Gläubiger durch die Leistung sich nicht befriedigt fühlte, setzte sich der unverschuldete in einen schuldhaften Verzug um. **d)** Vorleistungspflicht nach voraufgehender Mitteilungspflicht. OLG. Kiel, R. **05** 617 Nr. 2534. Ist bei einem gegen-

seitigen Vertrage der eine Teil zur Vorleistung verpflichtet, hierzu aber erst auf Grund vorheriger Mitteilungen des anderen Vertragsteils imstande, so kommt dieser, ungeachtet der Vorleistungspflicht des erstgenannten, in Verzug, wenn er diesem, ungeachtet seiner Bereitschafterklärung zur Vorleistung, die dazu erforderlichen Mitteilungen vorenthält. **e)** Erklärung des Schuldners, seinerseits zur Leistung gegen die Gegenleistung bereit zu sein. OLG. **10** 172, R. **05** 223 Nr. 969 (Hamburg). Muß auch nicht in allen Fällen, wo der Schuldner nur Zug um Zug gegen eine Gegenleistung zu leisten hat, die zur Inverzugsetzung des Schuldners erforderliche Mahnung ein Angebot der Gegenleistung Zug um Zug enthalten, so ist ein solches Angebot jedenfalls doch dann erforderlich, wenn der Schuldner bereits erklärt hat, daß er seinerseits zur Leistung gegen die Gegenleistung bereit sei, der Gläubiger aber zu erkennen gegeben hat, daß er bereit sei, eine Gegenleistung Zug um Zug zu machen.

§ 285. **a)** OLG. **11** 310 (Karlsruhe). Zur Mahnung muß hinzukommen, daß die Leistung ganz oder teilweise durch Verschulden des Schuldners unterbleibt. Verschuldung liegt darin, daß der Schuldner, obwohl er leisten muß und das weiß oder wissen muß, nicht leistet, obwohl er leisten kann, d. h. die Leistungen willkürlich und rechtswidrig unterläßt. Verschulden und Verzug fällt fort, wenn der Schuldner (auch nach Mahnung oder Klagerhebung) auch nur berechtigte Zweifel über seine Verpflichtung hat. **b)** OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 266. Anwendung des § 285 in einem Falle, wo die Fertigstellung von Verputzarbeiten dem Architekten zufolge feuchter Luft und schlechter Witterung nicht möglich war.

§ 286. **RG.** R. **05** 645 Nr. 2655. Zur Rechtfertigung eines Schadensersatzanspruchs des Käufers wegen verspäteter Lieferung genügt es nicht, daß der weitere Abnehmer an dem dem Käufer versprochenen Kaufpreise einen Abzug wegen der verspäteten Lieferung gemacht hat; es muß dargelegt werden, wie er zu dem Abzug in der betr. Höhe gekommen ist und ob er ihn befugterweise machen durfte.

§ 287. Träger 261 ff.: Besonderes über die §§ 287 und 848. — In diesen Fällen hat der Gesetzgeber ausnahmsweise Haftung auch für die inadäquaten (zufälligen) Folgen der Haftung begründenden Tatsache angeordnet, jedoch nur insoweit, als sich die zufälligen Folgen auf die geschuldete oder herauszugebende Sache selbst beziehen. Die Haftung für diesen Schaden ist dann ausgeschlossen, wenn er ohne die Haftung begründende Tatsache (Verzug, unerlaubte Handlung) beim Gläubiger in einem früheren Zeitpunkt eingetreten wäre, als er beim Schuldner eingetreten ist. Wäre er jedoch beim Gläubiger in einem späteren Zeitpunkt eingetreten, als er beim Schuldner eingetreten ist, so bleibt es bei der Haftung des Schuldners für Zufall, es sei denn, daß dasselbe zufällige Ereignis die Sache beim Gläubiger getroffen hätte (269/270).

Zweiter Titel. Verzug des Gläubigers.

Zu §§ 293 ff. 1. Heilung des Verzugs. **RG.** SeuffA. **60** 333/4 — s. o. zu § 284 Ziff. 3. — ➾ Aus dem Gesamtinhalte der dort mitgeteilten Entscheidung geht hervor, daß sie auch für den Annahmeverzug gilt. Sie ist gerade aus Anlaß eines Falles von Annahmeverzug ergangen. — Red. ⇽

2. **RG.** **60** 160 ff., JW. **05** 240, R. **05** 279 Nr. 1261, 645 Nr. 2656: Preisgebungsrecht in besonders gearteten Fällen des Annahmeverzugs — s. o. zu § 242 Ziff. 4 d ε, § 275 Ziff. 2.

§ 295. OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 147 ff., insbesondere 151 ff., R. **05** 563 Nr. 2262. Die Erteilung der Quittung, die allerdings Zug um Zug gegen

die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners zu leisten ist, ist dennoch keine Handlung des Gläubigers, die zur Bewirkung der Leistung des Schuldners nach § 295 erforderlich ist. Solche Handlungen sind diejenigen, ohne deren Vornahme durch den Gläubiger der Schuldner die ihm obliegende Leistung weder vornehmen noch auch in concreto anbieten kann. (Beispiele a. a. O.). S. auch zu § 368 Ziff. 2.

§ 297. OLG. Braunschweig, R. **05** 369 Nr. 1654. Das reelle Leistungsvermögen braucht der Schuldner nicht zu beweisen. Ist ein wörtliches Angebot erfolgt, so liegt dem die Annahme verweigernden Gläubiger der Beweis ob, daß der Schuldner außerstande gewesen ist, die Leistung zu bewirken.

§ 298. OLG. Naumburg, NaumburgAK. **05** 33. Um eine Quittungspflicht des Gläubigers entstehen zu lassen, muß der Hypothekenschuldner, der mit dem Hypothekengläubiger Rückzahlung am Fälligkeitstage in dessen Dorfwohnung vereinbart hatte, die Kosten der verlangten Quittung vorschießen (§ 369). Solange nicht diese Vorschußleistung angeboten ist, findet § 298 keine Anwendung.

§ 304. *Baring, SächsA. **15** 142 ff. Rechtsgrund ist das ursprüngliche Schuldverhältnis, doch gestaltet sich dieses durch den Verzug hinsichtlich der Aufwendungen gleichwie das eines auftraglosen Geschäftsführers. Die Notwendigkeit der Aufwendungen ist (gegen Schollmeyer) nur objektiv zu prüfen. Wie im § 970 so auch hier keine Pflicht zur Erhaltung, deren Begriff über den der Verwahrung hinausgeht. Wegen aller im § 304 nicht genannten Aufwendungen und bei Einrichtungen werden Ansprüche gemäß den §§ 677 ff. erworben, so durch einseitige Genehmigung.

Zweiter Abschnitt. Schuldverhältnisse aus Verträgen.

Vorbemerkung: Die Literatur zu diesem Abschnitt tritt etwas hinter die Rechtsprechung zurück. Eine interessante Studie über die Begriffe Unmöglichkeit und Ungewißheit gibt Schröder (Rostock, 1905). Eine umfassende Arbeit zum dritten Titel (§§ 328 ff.) hat Dniestrzánski in seinen Aufträgen zugunsten Dritter geliefert. Kleinere Arbeiten waren insbesondere bei § 313 und §§ 325 ff. zu verzeichnen. Das RG. hat in allen wesentlichen Fragen seinen bereits früher eingenommenen Standpunkt festgehalten. Der Zwiespalt zwischen dem III. und V. Zivilsenat über die Frage, ob die Bestellung des obligatorischen Vorkaufsrechts formpflichtig ist, wird hoffentlich bald durch Plenarentscheidung beseitigt werden. Sehr interessant sind die Erörterungen des RG. über die Natur des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Aus dem Rücktrittsrechte sei noch ein Vortrag von A. Wehls, Das Recht des Rücktritts wegen Nichterfüllung gegenseitiger Verträge in AÖstGZ. **05** 96 ff. hervorgehoben. Besonderes Interesse verdienen die Aufsätze Oertmanns über Leistungen „Zug um Zug“ und über Wandelung nach Zwangsversteigerung der Kaufsache.

Erster Titel. Begründung. Inhalt des Vertrags.

§ 306. 1. **RG.** JW. **05** 171, R. **05** 249: § 306 betrifft nur die Fälle der objektiven Unmöglichkeit; ein auf eine nur subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist gültig.

2. SächsOLG. **25** 209: Wenn § 306 bestimmt, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig sei, so ist das keine zwingende Vorschrift. Der Vertrag ist trotz der Unmöglichkeit der Leistung wirksam, soweit er ein Garantieversprechen des Verpflichteten enthält. Ein solcher Vertrag ist insbesondere der, bei welchem das Vorhandensein einer in Wirklichkeit nicht vorhandenen Eigenschaft des zu leistenden Gegenstandes zugesichert wird; auf den bösen Glauben oder die Arglist des Versprechenden kommt es nicht an.

3. **RG.** DJZ. **05** 169 Nr. 11, R. **05** 49 (s. auch u. zu § 631 Ziff. 5a): Übernimmt und vollendet ein Baumeister den Bau eines Hauses nach bereits

vorhandenen, von einem anderen Baumeister hergestellten Zeichnungen, so ist der Werkvertrag nicht schon deswegen, als auf eine unmögliche Leistung gerichtet, nichtig, weil ein Kellerraum, der nach dem Anschlag als Werkstatt gedacht war, hierzu wegen seiner Tiefenlage unter der Erde nach baupolizeilichen Vorschriften unverwendbar ist. Wenn sich der Baumeister in diesem Falle nicht darum gekümmert hat, ob Baudispens erteilt ist, so zieht das nicht eine Schadensersatzpflicht nach § 307 BGB. nach sich, höchstens kann er aus dem neben dem Werkvertrage herlaufenden Dienstvertrage, der ihn zur Prüfung des beabsichtigten Werkes verpflichtet, haftbar gemacht werden.

4. ElsLothZ. **05** 441, R. **05** 250 Nr. 1108 (Colmar): Eine Dienstleistung kann nicht deshalb als eine unmögliche angesehen werden, weil das Unternehmen, im Hinblick auf welches der Dienstberechtigte sich die Dienste hat zusagen lassen, deswegen nicht zustande kommt, weil er die ihm von der zuständigen Behörde auferlegten, an sich erfüllbaren Bedingungen nicht erfüllt.

5. SächsOLG. **25** 195, DJZ. **05** 559 Nr. 3: Eine Giebelmauer stand halb auf dem Grundstück A., halb auf dem Grundstücke B.; erbaut war sie von dem Eigentümer von A. Später kam A. zur Zwangsversteigerung. Der Ersteher schloß mit dem Eigentümer von B. — nicht mehr demjenigen, zu dessen Eigentumszeit die Mauer gebaut worden war — einen Vertrag, wonach er diesem die auf B. stehende Giebelhälfte für 650 M. verkaufte. Der Vertrag ist nach § 306 nichtig, weil der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an der ihm bereits gehörenden Sache nicht verschaffen kann.

§ 307. **a)** *Prym, Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung 46: Die Haftung für den Vertrauensschaden im Falle der auf leichter Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis des Schuldners von der Unmöglichkeit der Leistung entfällt nicht, auch wenn das Vertragsverhältnis (z. B. § 521) den Schuldner nur für schwereres Verschulden haften läßt. **b)** *Weyl, Verschuldensbegriffe: Die Vorschriften der §§ 827 ff. sind auch auf den Fall des § 307 anwendbar.

§ 312. R. **05** 679 Nr. 2806 (Kiel): Die Ausnahmebestimmung des § 312 Abs. 2 findet keine Anwendung auf einen Vertrag, durch den ein gesetzlicher Erbe über den ihm testamentarisch zugewendeten Pflichtteil aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten verfügt; ein solcher Vertrag ist vielmehr nichtig.

§ 313. Literatur: Josef, Die falsa demonstratio bei der Beurkundung von Grundstücksveräußerungen, SeuffBl. **05** 493. — Rheinstein, Die Rechtsprechung zum § 313 BGB., JW. **05** 65. — Schneider, Zum bayerischen Übergangsrecht, BayRpflZ. **05** 7.

I. 1. *Rheinstein: Nicht jeder Vertrag, aus dem die Verpflichtung zur Übertragung des Grundstückseigentums hervorgeht, unterliegt dem Formzwange des § 313 BGB. (vgl. **RG. 54** 75, mitgeteilt auch in SeuffA. **59** 3). Die Formvorschrift greift vielmehr nur da Platz, wo die Veräußerungsverpflichtung einen vollständigen Verpflichtungsgrund bildet (**RG. 54** 75, mitgeteilt auch in SeuffA. **59** 3), in diesem Falle aber auch bei Vorverträgen zu einem beabsichtigten Grundstückskauf (**RG. 53** 236). Formpflichtig ist nicht nur der einzelne auf Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrags, sondern es sind dies alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der Veräußerungsvertrag zusammensetzen soll (**RG. 51** 179, mitgeteilt auch in SeuffA. 58 3; vgl. auch OLG. Dresden, OLG. **4** 207, 208). Vereinbarungen, welche mit dem Veräußerungsgeschäfte nicht im inneren Zusammenhange stehen, welche also nicht Eigentumsübertragungspflicht und die Gegenleistungen des anderen Teiles betreffen, sind nicht Bestandteile des auf Übertragung des Eigentums gerichteten Veräußerungsgeschäfts und stehen daher nicht unter der Regel des § 313 BGB. (**RG. 51** 179, mitgeteilt auch in SeuffA. 58 3; vgl. auch OLG. Dresden,

OLG. **4** 207, 208). Ist eine dem Formzwang unterliegende Vereinbarung nicht in den gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag aufgenommen, so ist der formgerecht geschlossene Vertrag dann nichtig, wenn anzunehmen ist, daß der Veräußerungsvertrag ohne die formlose und deshalb (§ 125 BGB.) nichtige Vereinbarung nicht geschlossen sein würde (§ 139 BGB.). Von den den Veräußerungsvertrag betreffenden Vereinbarungen sind besonders die Zusicherungen von Eigenschaften des Grundstücks hervorzuheben. Hier ist streng zu scheiden zwischen allgemeinen Anpreisungen des Verkäufers und zwischen solchen eine Zusicherung von Eigenschaften enthaltenden Erklärungen des Verkäufers, die, vom Käufer ausdrücklich verlangt, nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien einen Bestandteil des Vertrags ausmachen sollen. Nur die letzteren Erklärungen sind als Zusicherungen bestimmter Eigenschaften im Sinne des Gesetzes aufzufassen, während allgemeine Anpreisungen des Verkäufers regelmäßig die Grundlage zu einer Anfechtung des Rechtsgeschäfts wegen arglistiger Täuschung abzugeben vermögen (**RG**. JW. **03** Beil. 124 und SeuffA. **59** 267) und nur im Falle des Nachweises eines strafrechtlichen Betrugs (§ 263 StGB.) einen auf § 823 Abs. 2 BGB. zu stützenden Schadensersatzanspruch begründen können (OLG. Bamberg, SeuffA. **59** 437). Was von ursprünglich formlosen Vereinbarungen gilt, findet folgerichtig in gleicher Weise Anwendung auf nachträglich verabredete Änderungen des formgültig geschlossenen Vertrags, da diese an die Stelle der früheren Vereinbarungen treten und ebenso behandelt werden müssen, wie wenn sie gleich zu Anfang getroffen worden wären (**RG**. SeuffA. **58** 4). Formheilend auf bloß mündliche oder privatschriftliche Vereinbarungen wirkt nach § 313 Satz 2 BGB. die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch. Auflassung und Eintragung äußern aber ihre formheilende Wirkung nur insoweit, als der Gegenstand derselben völlig identisch ist mit dem der Auflassung zugrunde liegenden formlosen Veräußerungsgeschäft (OLG. Posen, SeuffA. **58** 390; OLG. Stettin, OLG. **3** 93). Bis zur Auflassung und Eintragung bleibt der ganz oder zum Teil formlos geschlossene Vertrag ganz oder zum Teil nichtig (§§ 125, 139 BGB.). Daraus folgt, daß bis zur Auflassung und Eintragung keiner der Kontrahenten an die formlosen Vereinbarungen gebunden ist und sich einseitig von ihnen lossagen kann, und daß demgemäß der Formmangel durch Auflassung und Eintragung nur dann geheilt wird, wenn bezüglich der formlos getroffenen Vereinbarung zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht (**RG**. SeuffA. **58** 8; vgl. auch **RG**. JW. **03** Beil. 49). Beweispflichtig für mündliche Abreden, die neben dem formell-schriftlichen Vertrage Geltung haben sollen, ist derjenige, der diese Abreden behauptet. Allgemein wird vermutet, daß der schriftliche Vertrag die Vereinbarungen der Parteien vollständig wiedergebe (**RG**. **52** 23). Nicht unter dem Formzwange des § 313 BGB. steht der Vertrag, durch den ein formgültig geschlossener Grundstücksveräußerungsvertrag wieder aufgehoben werden soll (OLG. Posen, SeuffA. **57** 391; vgl. auch Peltasohn, DJZ. **04** 809).

2. Schneider: Auf die in der Zeit vom 1. 1. 00 bis zur erklärten Grundbuchanlegung abgeschlossenen bayerischen Verträge über Grundeigentum kommen in der Regel die Form- und Formverletzungsvorschriften des BGB. zur Anwendung, mit Ausnahme der durch Art. 167 Ziff. 1 BayAGBGB. ausgeschlossenen Möglichkeit gerichtlicher Beurkundung. Ein formloser, oder ein den wahren Vertragswillen in wesentlichen Stücken nicht beurkundender notarieller Vertrag der im § 313 BGB. vorgesehenen Art aus dem angegebenen Zeitraum ist nichtig, nicht bloß anfechtbar. Dagegen ist auf die vor dem 1. 1. 00 abgeschlossenen bayerischen Immobiliarverträge der Art. 14 BayNotG. v. 10. 11. 61 anwendbar, der von der bayerischen Praxis so ausgelegt wird, daß Zuwider-

handlungen gegen ihn nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit des Vertrags bewirken.

3. Josef bekämpft die Entscheidung des **RG.** v. 2. 11. 03, ZBlFG. **4** 705, DNotV. **4** 432, JDR. **3** zu § 313 I 4.

II. Satz 1. 1. Formzwang oder nicht? **a)** **RG.** V 4. 3. 05, **60** 225, JW. **05** 230 Nr. 6, DNotV. **5** 758, BauersZ. **12** 232: Der Vertrag, durch den ein persönliches Vorkaufsrecht in Ansehung eines Grundstücks eingeräumt wird, bedarf zur Rechtswirksamkeit nicht der Form des § 313 BGB. Der entgegengesetzten Ansicht sind: **RG.** III v. 4. 11. 04, **59** 132, JW. **05** 17 Nr. 11; DJZ. **05** 823 Nr. 3 (Braunschweig), (letzteres erwähnt in JDR. **3** zu § 313 I 5h). **b)** OLG. **11** 304, R. **05** 431 Nr. 1739: Ein Mietvertrag über ein Grundstück, wodurch dem Mieter das Recht zum Ankaufe des Grundstücks binnen einer bestimmten Frist und zu einem bestimmten Preise, sowie auch das Vorkaufsrecht eingeräumt wird, ist wegen des letzteren nicht, wohl aber wegen des Ankaufsrechts formbedürftig. Die Unterlassung der Beurkundung macht den ganzen Vertrag nichtig, wenn er als ein einheitliches Geschäft beabsichtigt war. **c)** **RG.** JW. **05** 126, DNotV. **5** 223: Ein Vertrag, wodurch sich der eine Teil verpflichtet, bei Eintritt einer bestimmten Bedingung dem anderen Teile ein Grundstück zu einem bestimmten Preise abzukaufen, will keineswegs immer auch den anderen Teil für diesen Fall zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke verpflichten. Wenn eine solche Verpflichtung des anderen Teiles nicht begründet werden soll, ist auch der Vertrag nicht formbedürftig. **d)** Über Vorverträge vgl. **RG.** **53** 236, GruchotsBeitr. **48** 1036, JW. **05** 74, R. **05** 133, DJZ. **05** 266, GruchotsBeitr. **49** 627. **e)** Ein Gesellschaftsvertrag, wodurch sich der eine Kontrahent verpflichtet, zur Erzielung gemeinsamen Gewinnes seinen Grundbesitz parzelliert an die vom anderen Kontrahenten ausgemittelten Käufer aufzulassen, ist formpflichtig. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 627, Holdheims MSchr. **05** 112 und **RG.** R. **05** 646 Nr. 2657. (S. a. u. zu § 705 Ziff. 3d.) **f)** **RG.** JW. **05** 74 usw. wie zu e: Dagegen findet die Formvorschrift keine Anwendung auf die Übernahme der Verpflichtung, ein Grundstück nicht zu verkaufen. **g)** R. **05** 471 Nr. 1847 (Jena): Der aus einem mündlichen Auftrag erwachsene Anspruch auf Abtretung der Rechte aus einem Grundstückskaufvertrag ist nicht von der Beobachtung der Form abhängig. Vgl. JDR. **3** zu § 313 I Ziff. 5e, **2** zu § 313 Satz 1 Ziff. 8. **h)** Hiergegen aufs schärfste *Arnulf Meyer, Relativgeschäfte 34 ff.: Das Urteil des V. Senats des **RG.** v. 28. 2. 03, **54** 75 Nr. 23 gipfelt in dem Satze: „Der Auftrag unterliegt der Formvorschrift des § 313 BGB. nicht, auch nicht, wenn er auf den Erwerb von Grundeigentum gerichtet ist (vgl. §§ 313, 167 Abs. 2, 662 ff. BGB.). Das ist nicht zutreffend; der Fehler liegt in folgendem: Die Abrede über die Verpflichtung des Beauftragten, das zu erwerbende Grundstück an den Kläger aufzulassen, ist nicht — wie das RG. mit dem Vorderrichter annimmt — „ein überflüssiger, die gesetzliche Folge des Auftragsverhältnisses erwähnender und bestätigender Beisatz", sondern der klare Ausdruck des einzigen Inhalts des Auftragsverhältnisses, die Angabe des Gegenstandes der Verpflichtung. Gerade auf Grund dieses „Beisatzes", der in Wirklichkeit kein Beisatz ist, sondern der Vertrag selbst, verlangt Kläger die Auflassung! Man nenne den Inhalt des Vertrags, des Auftrags selbst, wenn diese Abrede nur einen „Beisatz" darstellt! Es gibt keinen von dieser Abrede zu sondernden Auftrag, keinen Auftrag ohne Gegenstand! Der Auftrag, der auf den Erwerb von Grundeigentum gerichtet ist, ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen — ohne für seine diesbezüglichen Erklärungen ein Entgelt zu verlangen —; diese Unentgeltlichkeit entzieht den

Vertrag nicht der Formvorschrift des § 313; der auf Erwerb von Grundeigentum gerichtete Auftrag unterliegt der Formvorschrift des § 313. **i)** **RG.** BayRpflZ. **05** 154: Die Wiederaufhebung eines Grundstückskaufs kann formlos geschehen, ja sie kann sogar durch konkludende Handlungen erfolgen, vorausgesetzt, daß diese dem anderen Teile gegenüber vorgenommen werden. **k)** **RG.** JW. **05** 171, R. **05** 250: Die einseitige Erklärung des einen Teiles, von dem ihm im Formalvertrage vorbehaltenen Rücktrittsrechte keinen Gebrauch machen zu wollen, bedarf der Form nicht.

2. Nebenabreden. **a)** **RG.** JW. **05** 426 Nr. 3: Der vertragsmäßige Ausschluß der Gewährleistung für Mängel des Grundstücks bedarf der Form des § 313. **b)** OLG. **12** 34 (Hamburg): Die Einrede, es sei der notariell beurkundete Kaufvertrag unter der Bedingung der Erteilung der Bauerlaubnis geschlossen gewesen, ist an sich erheblich. Denn aus § 313 verbunden mit § 125 Satz 2 folgt die Nichtigkeit solcher Nebenabreden, die in dem notariell zu beurkundenden Vertrage nicht aufgenommen werden (Planck zu § 313). Nach § 139 BGB. ist infolge der Nichtigkeit der Nebenabrede das ganze Rechtsgeschäft nichtig. Die Annahme, daß es auch ohne diese Nebenabrede geschlossen worden wäre, ist hier ausgeschlossen.

3. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** JW. **05** 491 Nr. 14, R. **05** 470, DNotV. 5 675: Die Form ist gewahrt, wenn bei Abschluß des gerichtlichen Vertrags eine Hilfsperson, nicht der Urkundsbeamte selbst, mit den Parteien verhandelt, wenn der Beamte vom Nebenzimmer aus seine Wahrnehmungen machen und die Verhandlung überwachen kann; **b)** DJZ. **05** 864 Nr. 15, R. **05** 591 (KG.): Verträge auf Übertragung des Eigentums an Grundstücken, zwischen Inländern im Inland abgeschlossen, unterliegen, selbst wenn die Anwendung ausländischen Rechtes ausdrücklich vereinbart ist, der Vorschrift des § 313. **c)** R. **05** 470 Nr. 1834 (BayObLG.): Wenn durch öffentlich-rechtliches Übereinkommen mehrerer bisher selbständiger Gemeinden eine Verschmelzung derselben zu einer Gesamtgemeinde erfolgt, so bedarf das weitere Übereinkommen, zufolge dessen das bisherige getrennte Grundvermögen der einzelnen Gemeinde-Vermögen der neugebildeten Gesamtgemeinde werden soll, zur Rechtswirksamkeit weder einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, noch ist eine Auflassung der Grundstücke erforderlich. **d)** SächsOLG. **26** 498: Auf Geltendmachung der einem Grundstückskaufe wegen mangelnder Form anhaftenden Nichtigkeit können die Beteiligten gültig verzichten.

III. Satz 2. 1. Falsche Bezeichnung. **RG.** **60** 338, JW. **05** 337, R. **05** 499, RheinNotZ. **50** 129: Nur das Zusammentreffen von Auflassung und Eintragung macht den wegen Formmangels nichtigen Vertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig. Auflassung und Eintragung muß dasselbe Grundstück wie das Kausalgeschäft betreffen, um den Formmangel des letzteren zu heilen. Eine unrichtige Bezeichnung des Gegenstandes der Eigentumsübertragung macht allerdings ebensowenig den dinglichen Vertrag, die Auflassung, wie den persönlichen Vertrag, das Kausalgeschäft, ungültig, wenn nur die Willensübereinstimmung bei der Auflassung noch fortgedauert hat. Anders aber bei der Eintragung ins Grundbuch. Wenn diese ein anderes Objekt betroffen hat, als nach dem wahren, unter unrichtiger Bezeichnung kundgegebenen Willen der Beteiligten gemeint war, so ist eine Heilung des Formmangels nicht eingetreten.

2. Welche Mängel werden geheilt? BadRpr. **05** 61 (Karlsruhe): Nur Formmängel werden geheilt, nicht materielle, wie Geschäftsunfähigkeit, Betrug, Schein usw.

3. Heilung bei teilweiser Auflassung und Eintragung. **a)** Sächs. OLG. **25** 522: Beim Grundstückstausche macht die Auflassung und Eintragung

für einen der Kontrahenten den formlosen Vertrag auch nicht teilweise gültig. Die Bestätigung des Geschäfts nach § 141 BGB. bedarf der Form des § 313. Vgl. JDR. 3 zu § 313 II Ziff. 5. **b)** **RG.** JW. **05** 639 Nr. 4: Ist ein formlos veräußertes Grundstück auf zwei Grundbuchblättern eingetragen und ist der Eigentumsübergang nur auf einem derselben verlautbart, so wird der formlose Kaufvertrag nicht vollgültig. Die Heilung erstreckt sich nicht weiter, als die Eintragung tatsächlich erfolgt ist. Eine Erklärung der Parteien dahin, daß der Mangel der Form keine Bedeutung haben solle, ist unbeachtlich (s. dagegen oben II 3 d). Woher der Richter seine Kenntnis von der Nichtigkeit des Vertrags erlangt, ist gleichgültig.

4. Heilung von Nebenabreden. **a)** OLG. **12** 34 (Dresden): Die mündliche Nebenabrede zum notariellen Kaufvertrage wird ebenso wie dieser durch die Auflassung und Eintragung geheilt, vorausgesetzt nur, daß sie noch zur Zeit der Auflassung als rechtlich verbindlich hat gelten sollen. Vgl. JDR. 3 zu § 313 II 6. **b)** R. **05** 646 Nr. 2658 (Breslau): Die Auflassung und Eintragung bewirken nicht, daß der Vertragschließende, wenn er sich formlos zur Zahlung des Kaufpreises an einem bestimmten Tage verpflichtete, mit diesem Tage in Verzug geraten ist.

5. Stempelpflicht. **RG. 60** 398: Ein zuwider dem § 313 formlos abgeschlossener Vertrag ist in Preußen nicht stempelpflichtig. Wird aber nachträglich der Vertrag gemäß § 313 Satz 2 gültig, so wird er jedenfalls dann stempelpflichtig, wenn in dem über die Auflassung aufgenommenen Protokolle die überreichte Vertragsurkunde derart in Bezug genommen wird, daß daraus das Verhältnis des Urkundeninhalts zur Auflassung erhellt.

§§ 315, 316. 1. OLG. **12** 35 (Hamburg): Wenn der Schuldner mit dem Gläubiger ausgemacht hat, daß er zur Zahlung verpflichtet sein solle, sobald nach seinem (des Schuldners) billigem Ermessen seine Verhältnisse ihn dazu instandsetzen, so trifft den die Schuld einklagenden Gläubiger die Beweislast dafür, daß dies der Fall sei.

2. **RG.** DJZ. **05** 305 Nr. 38: Die §§ 315, 316 BGB. sind anwendbar, wenn in einem Verlagsvertrage für die zweite und die folgenden Auflagen lediglich vereinbart ist, daß jede Auflage ebenso stark sein solle wie die erste und das Honorar für Umarbeitung und Revision höher als das für die erste Auflage zu bemessen sei.

3. *Stölzel, Schulung I[6] 15, BuschsZ. **35** 35: Es ist ein Mißverständnis, den Kauf zu angemessenem Preise unter die §§ 315, 316 stellen zu wollen; die Parteien denken gar nicht daran, den Preis durch einen der Vertragschließenden bestimmen lassen zu wollen. Sie verabreden zwar keinen Preis, sie einigen sich aber über einen Preis, oder, was dasselbe ist, sie vereinbaren einen solchen tatsächlich (im Sinne des § 433 [2]); nennt doch das RG. selbst 1884 (Gruchots Beitr. **29** 727) einen Kauf ohne Abrede einer Zahlungszeit „eine Einigung über sofortige Zahlung" (vgl. auch § 612 Abs. 2).

Zweiter Titel. Gegenseitiger Vertrag.

§ 320. 1. Oertmann, BayRpflZ. **05** 10 ff., 47 ff., Leistungen Zug um Zug, bekämpft die von Endemann (Lehrb. (8) 1 §§ 88 Anm. 46, 125 Anm. 10, 14, 126 Anm. 21) aufgestellte Theorie, wonach der Schuldner nur „den Austausch seiner Leistung gegen die des Klägers schuldet" und verteidigt die herrschende Lehre, die in den Fällen des § 320 und des Zurückbehaltungsrechts wahre Einreden annimmt (12—14). Was den Erfüllungsort bei Zug-um-Zug-Leistungen anlangt, so unterscheidet Oertmann drei in der Literatur vertretene Ansichten: a) Jeder Verpflichtete hat grundsätzlich an seinem Wohnorte zu leisten;

die Besonderheit der Leistungspflicht „Zug um Zug" bezieht sich nur auf die Zeit, nicht auf den Ort der beiderseitigen Leistungen. b) Die herrschende Ansicht: bei Leistungen Zug um Zug wird allgemein der Erfüllungsort geändert bzw. er muß für beide Teile notwendig identisch sein. c) Mittelmeinungen. — Nach einer sehr eingehenden Übersicht der hierzu bisher veröffentlichten Entscheidungen (48—50) begründet Oertmann ausführlich seine eigene Meinung (oben zu a), unter Widerlegung der herrschenden Ansicht (50—53).

2. **RG.** PosMschr. **05** 1, R. **05** 224: Für die Einrede aus § 320 ist es gleichgültig, ob die vereinbarte Gegenleistung an den Gegenkontrahenten selbst oder (infolge Abtretung) an einen Dritten zu leisten ist. Konnexität liegt vor, wenn die beiderseitigen Ansprüche im Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung, auf Grund eines einheitlichen gegenseitigen Vertrags stehen, und nicht etwa der eine als eine selbständige, nur in sich einheitliche und gegenseitige Nebenabrede erscheint.

3. Abs. 2. **a)** **RG.** JW. **05** 491 Nr. 12: § 320 Abs. 2 enthält einen auch sonst im BGB., insbesondere aber im Zurückbehaltungsrecht geltenden Rechtsgedanken. **b)** *Weyl, Verschuldensbegriffe 345: Verstoß gegen Treu und Glauben ist lediglich objektiv zu verstehen.

§ 321. 1. *Schröder, Zu § 321 BGB., MecklZ. **23** 190: Bei der Ermittelung einer Hilfe für den Vorleistungspflichtigen bei Vermögensverfall des Gegners, über welche das RG. bisher den Ausspruch verweigert hat, ist der § 298 heranzuziehen. Wird diesem Paragraphen Rechnung getragen, so ist ein Annahmeverzug des in Vermögensverfall Geratenen zu erreichen, so daß dem Gegner hinreichende Schutzmittel zur Seite stehen.

2. **RG.** JW. **05** 181 Nr. 31: Die allgemeine Geltung der sog. clausula rebus sic stantibus ist vom BGB. nicht anerkannt worden; § 321 stellt sich als Ausnahmerechtssatz dar. Trotzdem kann nach der Absicht der Parteien und nach der Natur des Vertrags ein Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände gegeben sein.

3. **RG.** R. **05** 77: Durch die Konkurseröffnung wird eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners gegenüber dem Stande derselben vor der Konkurseröffnung herbeigeführt, selbst wenn der Schuldner vor der Konkurseröffnung schon zahlungsunfähig war.

4. HessRspr. **6** 105 (Darmstadt): Wenn nach der Bestellung gegen den Besteller eine größere Zahl Versäumnisurteile ergehen, so ist dies als wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse anzusehen.

§ 322. BadRpr. **05** 39, R. **05** 224 Nr. 972 (Karlsruhe): Bei Geltendmachung des kaufmännischen Retentionsrechts kommt nicht etwa eine Verurteilung zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung in Frage. § 322 bezieht sich nicht auf dieses aus dem Gesetze fließende Zurückbehaltungsrecht.

§ 323. 1. **RG.** JW. **05** 171: Die §§ 323—325 finden nur dann Anwendung, wenn die Leistung nach dem Abschlusse des Vertrags unmöglich geworden ist.

2. **RG.** JW. **05** 388: § 323 setzt objektive Unmöglichkeit, diese setzt regelmäßig dauernde Unmöglichkeit voraus.

3. **RG.** JW. **05** 718: Der Ausdruck: „teilweise Unmöglichkeit" in Abs. 1 hat einen weiten Sinn; es kann darunter auch eine zeitweilige Unmöglichkeit fallen.

4. **RG.** JW. **05** 487: Ist der eine Vertragsteil verpflichtet, dem anderen diesem gehörende Gegenstände zu einem bestimmten Zeitpunkt abzukaufen, erwirbt er aber vor diesem Zeitpunkte das Eigentum an den Gegenständen infolge eines Umstandes, den beide Teile gegeneinander nicht zu vertreten haben, so kann der

andere Vertragsteil nach Eintritt des Zeitpunkts nicht den Kaufpreis für die Gegenstände von jenem verlangen, da er nunmehr nicht imstande ist, ihm das Eigentum an den Gegenständen zu verschaffen.

§ 324. Abs. 1 Satz 2. *Weyl, Verschuldensbegriffe 432—438: Begriffsbestimmung von „böswillig". Anwendungsfälle (2 Gruppen). Wie sprachlich und nach den Materialien und der Literatur (irrige Auffassungen vgl. 435 sub 2) weist die Böswilligkeit auf ein „Verschulden", und zwar auf einen Fall der „qualifizierten Absicht". — Stellung im System der „Verschuldensbegriffe". — Verhältnis zu den anderen Schuldbegriffen (433 ff.). Insbesondere Verhältnis zwischen „böswillig" und „böslich": beide identisch; daher die Ausdrucksweise des BGB. zu tadeln (437).

Zu §§ 325 ff. 1. **RG.** JW. **05** 172 Nr. 13: Es ist grundsätzlich zu scheiden zwischen nichtrechtzeitiger Bewirkung der ganzen Leistung und teilweiser Nichtbewirkung der Leistung. Wenn von einem verkauften Grundstücke einige Parzellen dem Käufer nicht mitübereignet worden sind, so ist dies, wenn sich nicht feststellen läßt, daß das Grundstück als unteilbar behandelt werden sollte, als teilweise Nichtbewirkung der Leistung anzusehen.

2. *Hellbach, Mängel der verkauften Sache, R. **05** 6: § 325 gilt auch, wenn die (bestimmte) Sache zwar übergeben wird, aber in einem verschlechterten Zustand, und die Verschlechterung durch ein Verschulden des Verkäufers herbeigeführt worden ist; denn für eine Unterscheidung zwischen Untergang und Verschlechterung fehlt jeder Grund. Dies wird auch allgemein anerkannt, und nur in der Begründung gehen die Meinungen auseinander. Die Verpflichtung des Verkäufers besteht nicht in der Übergabe schlechthin, vielmehr ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, die verkaufte Sache in dem Zustande zu übergeben, in dem sie sich zur Zeit des Verkaufs befindet. Mithin wird ihm durch die Verschlechterung der Sache die vollständige Erfüllung seiner Verpflichtung ebenso unmöglich gemacht, wie durch die Belastung der Sache, und die Rechtsmittel des § 325, die dem Käufer für den letzteren Fall durch § 440 gegeben sind, müssen ihm auch im Falle der Verschlechterung zustehen.

3. **RG.** JW. **05** 686 Nr. 8: In den Fällen des § 326 Abs. 1 Satz 2 wandelt sich das ganze Vertragsverhältnis, nicht bloß der Bestandteil desselben, in bezug auf den ein Schuldnerverzug vorlag, in den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung um. In dem konkreten, zur Entscheidung stehenden Falle ist an die Stelle des Anspruchs des Klägers auf vorläufige Zahlung und seiner Verpflichtung zur Leistung vertragsmäßiger Ware, sowie an die Stelle der Verpflichtung des Beklagten zu vorläufiger Zahlung unter Vorbehalt schiedsrichterlicher Entscheidung und seines Anspruchs auf eine in der gedachten Weise geregelte Leistung vertragsmäßiger Ware für, aber auch gegen beide Vertragsteile der einseitige Anspruch des Klägers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung getreten. Deshalb kann sich der Kläger bei der Schadensliquidation nicht kurzerhand auf den Standpunkt stellen, daß der Beklagte unter Vorbehalt der schiedsrichterlichen Entscheidung vorläufig den vereinbarten Preis gegen die angebotene Ware zu zahlen hatte; damit liquidiert er nur einen Schaden wegen Nichterfüllung der Vorausleistung, nicht wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrags.

4. *F. Müller, Worin besteht der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen? R. **05** 545: Er rechtfertigt die in **RG. 50** 262 — JDR. **1** Ziff. 8a zu § 326 — vertretene Ansicht. Danach verwandelt sich nach § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2 mit der Wahl des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung der gegenseitige Vertrag für und gegen beide Vertragsteile in eine einseitige Forderung des nicht säumigen Teiles auf Ersatz des Schadens, daß der Vertrag so wie vereinbart, also durch Leistung gegen Leistung, nicht erfüllt sei, und in

eine einseitige Verpflichtung des säumigen Teiles zum Ersatze dieses Schadens. Der nicht säumige Teil hat den Anspruch auf die Gegenleistung verloren. Zu den in Wirklichkeit diese Ansicht nicht billigenden und mehr vermittelnden Beschlüssen des 27. DJT. — JDR. 3 Ziff. 7 zu § 326 — wird dargelegt, daß sie auch dem praktischen Bedürfnisse nicht genügen. Die Ansicht von Strohal, durch die Fristbestimmung nach § 326 Abs. 1 Satz 1 sei bei Handelskäufen über Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, die entsprechende Anwendung des § 376 HGB. gerechtfertigt, wird bekämpft; ebenso sein weiteres Argument, daß nach der obigen Ansicht der Schadensersatzberechtigte den Vertragsgegner von den Folgen seines Annahmeverzugs befreie. Dieses Argument berücksichtige nicht die Befugnis des Schadensersatzberechtigten, den Schaden durch einen Deckungsverkauf festzustellen, und die in solchem Falle von der Praxis allgemein beachteten Grundsätze.

5. *A. Affolter, Das verzinsliche Darlehn, ABürgR. **26** 1—6: Auch das verzinsliche Darlehn ist ein gegenseitiger Vertrag. Die Leistung des Darleihers besteht in der Verschaffung des Geldes bzw. der vertretbaren Sachen; sie ist dauernde Leistung, wie diejenige des Vermieters. Die Gegenleistung des Empfängers besteht in der Zahlung der Zinsen; die Rückerstattung des Kapitals ist nicht Gegenleistung, sondern Mitwirkung zur Beendigung der dauernden Leistung des Darleihers. Kommt der Darlehnsempfänger mit der Zahlung der Zinsen in Verzug, so ist der Darleiher berechtigt, nach Maßgabe dieser Gesetzesvorschrift vorzugehen (s. a. u. zu § 607 Ziff. 1).

§ 325. 1. PucheltsZ. **05** 276, ElsLothZ. **05** 371 (Kolmar): Die Klage auf Erfüllung ist nicht ausgeschlossen.

2. Wegen des jus variandi in bezug auf die verschiedenen Rechtsbehelfe vgl. unten zu § 326 Ziff. 7.

§ 326. 1. Verzug. **RG.** JW. **05** 17 Nr. 10: Beim Gattungskaufe liegt jedenfalls Nichterfüllung des Vertrags und Lieferungsverzug des Verkäufers vor, wenn beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des Verzugs die Annahme der gelieferten Ware mit Recht wegen vertragswidriger Beschaffenheit verweigert und Ersatzware nach § 480 BGB. verlangt, diesem Verlangen aber nicht entsprochen wird. Denn die angebotene Ware braucht der Käufer nach § 294 BGB. nicht anzunehmen; die geschuldete Lieferung aber ist unterblieben. Im Falle der berechtigten Annahmeverweigerung stellt sich die Lieferung mangelhafter Ware nur als ein erfolgloser Lieferungsversuch dar.

2. Abnahmeverzug. **a)** **RG.** R. **05** 470 Nr. 1835: Der Schuldnerverzug des Käufers mit der Abnahme der gekauften Ware begründet in der Regel allein für den Verkäufer nicht die Ansprüche aus § 326 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB. Es kann dies jedoch ausnahmsweise der Fall sein, wenn nach Lage der geschäftlichen Verhältnisse für den Verkäufer ein dem Käufer bekanntes, besonderes Interesse an der ordnungsmäßigen Abnahme der Ware besteht, beispielsweise, wenn bei einem Verkaufe großer Quantitäten von Kohlen seitens einer Grube deren ordnungsmäßiger Betrieb durch die dem Vertrag entsprechende Abnahme durch den Käufer bedingt ist. **b)** *Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem BGB. (Näheres unten zu § 433 Ziff. I 1): § 326 ist auf den Abnahmeverzug des Käufers nur dann anzuwenden, wenn sich die Abnahme als zur Hauptleistung des Käufers gehörig darstellt.

3. Sukzessivlieferungsgeschäfte. **a)** **RG.** Holdheims MSchr. **04** 302, **05** 81, SächsA. **15** 60, ElsLothZ. **05** 206: Wenn beim Sukzessivlieferungsgeschäfte der Verkäufer die weitere Erfüllung endgültig verweigert, so braucht der Käufer, um die Rechte aus § 326 BGB. auszuüben, nicht noch erst die einzelnen Lieferungen abzurufen und den Erfolg der Abrufe abzuwarten. **b)** **RG.** R. **05** 15:

Beim Sukzessivlieferungskaufe gibt nicht nur der Verzug mit der ursprünglichen Leistung, sondern auch der Verzug mit der gemäß § 480 Abs. 1 BGB. vom Käufer geforderten, an Stelle der mangelhaften Lieferung zu bewirkenden Ersatzleistung mangelhafter Ware dem Käufer die Rechte aus § 326 BGB., insbesondere das Recht zum Rücktritte hinsichtlich alter noch nicht erfolgter Lieferungen.

4. Positive Vertragsverletzungen. a) Krückmann, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, DJZ. **05** 205, sucht an einem praktischen Falle nachzuweisen, daß wenigstens beim Lieferungsgeschäfte die Heranziehung des § 276 BGB. unentbehrlich, die Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung und über den Verzug aber ungeeignet seien, zu einer richtigen Entscheidung der Schadensersatzfrage zu verhelfen. b) Vgl. JDR. **3** Ziff. 4 zu § 313; neuerdings — im Sinne des RG. — SchlHolstAnz. **05** 228 (Kiel).

5. Fristsetzung. a) Die zu kurz bemessene Nachfrist ist nicht wirkungslos, sondern hat die Folge, daß der Säumige binnen angemessener Frist noch erfüllen darf, nach Ablauf einer solchen aber die Erklärung des Nichtsäumigen in Wirksamkeit tritt. Vgl. außer JDR. **3** Ziff. 5a zu § 313 **RG.** JW. **05** 17, R. **05** 106, **RG.** JW. **06** 14 (mit eingehender Begründung), HessRspr. **5** 115 (Darmstadt), DJZ. **05** 128 (Hamburg). b) Der Bestimmung der Nachfrist bedarf es nicht, wenn der im Verzuge befindliche Teil die Vertragserfüllung ernstlich und endgültig weigert. Vgl. außer JDR. **3** Ziff. 5b zu § 313 **RG.** R. **05** 431, 528, Holdheims MSchr. **05** 232, 215. Eine Abschwächung des Grundsatzes ergibt sich aus **RG.** R. **05** 646 Nr. 2660: Wenn auch die Rechtsprechung, wie jetzt zu § 326 BGB., so auch früher zu Art 356 HGB. in Einzelfällen erkannt hat, daß die säumige Partei bei bestehender Erfüllungsweigerung den Anspruch auf Setzung der gesetzlichen und vertragsmäßigen Nachfrist verwirkt habe, so kann doch die Anwendung dieses Grundsatzes bei gegebener Sachlage völlig ausgeschlossen sein, z. B. dann, wenn über die Beschaffenheit des zu liefernden Gegenstandes von der nichtsäumigen Partei zum Teile mit Unrecht ein Streit hervorgerufen war und deshalb die Lieferungsweigerung der säumigen Partei als eine unbestimmte zu betrachten ist. c) **RG.** R. **05** 15 Nr. 17: Die Frist des § 326 BGB. wird gültig zugleich mit der Mahnung. Ebenso R. **05** 15 Nr. 18 (Breslau).

6. Schadensersatzanspruch. a) **RG.** **60** 346, JW. **05** 338, R. **05** 500. Unter der Herrschaft des § 326 BGB. ist die Beschränkung der Artt. 354, 343 des alten HGB. weggefallen, wonach der Verkäufer gegenüber dem säumigen Käufer den Schadensersatzanspruch nur in den Formen des Selbsthilfeverkaufs des Art. 343 geltend machen konnte. Das neue Recht gestattet dem vertragstreuen Teile jede Art der Schadensberechnung. Insbesondere kann der Verkäufer als abstrakten Schaden den Unterschied zwischen dem Selbstkostenpreis und dem Vertragspreise von seinem säumigen Gegner als Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen. Als Zeitpunkt darf der Verkäufer den Marktpreis zur Zeit des Ablaufs der Nachfrist des § 326 Abs. 1 zugrunde legen, wenn er in der daselbst vorgeschriebenen Form die Fristbestimmung vorgenommen hat. b) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 218, ElsLothZ. **05** 531, R. **05** 528: Im Falle einer Fristsetzung nach Maßgabe des § 326 Abs. 1 BGB. ist der Verkäufer in der Regel befugt, der Berechnung des abstrakten Schadens entweder die zur Zeit der Fälligkeit der geschuldeten Lieferung oder auch die zur Zeit des Fristablaufs vorhandenen Verhältnisse zugrunde zu legen. Dies gilt selbst für den Fall, daß er eine Frist gesetzt hat, ohne nach § 326 Abs. 2 BGB. hierzu verpflichtet zu sein. c) R. **06** 48 Nr. 15 (Zweibrücken): Für die Berechnung des sog „konkreten Schadens“ besteht an sich die zeitliche Grenze in dem Endpunkte der für die Leistung unter Androhung der Nichtannahme gesetzten Frist; doch können sich im

Einzelfalle die schädlichen Wirkungen der Nichtlieferung auch noch über diesen Zeitpunkt hinaus fortsetzen und deshalb bei der Liquidation des Schadens mit berücksichtigt werden.

7. Wahlrecht. a) RG. R. 05 431 Nr. 1741: Erklärt der nichtsäumige beklagte Teil, er verlange infolge Lieferungsverzugs der Klägerin Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so hat diese mit Rechtswirksamkeit abgegebene Erklärung für den Beklagten, welcher im Prozesse nur den Rücktritt vom Vertrage geltend macht, dieselbe Wirkung, als wenn derselbe lediglich seinen Rücktritt vom Vertrag erklärt hätte. b) Ein jus variandi ist nicht anzuerkennen. Vgl. außer JDR. 3 Ziff. 8 zu § 326 neuerdings OLG. 12 45 (Karlsruhe), OLG. 11 29 (Marienwerder). Letztere Entscheidung betont besonders, daß, wenn unter Verzicht auf die Rechte aus § 326 Erfüllung verlangt wird, es damit sein Bewenden hat.

8. Kein Interesse. a) RG. SeuffA. 60 190, R. 05 15: Die Bestimmung des § 326 Abs. 2 ist nicht in dem engen Sinne aufzufassen, daß die geschuldete Leistung für den Gläubiger gar kein Interesse mehr habe. Das Interesse an der Erfüllung des Vertrags im Sinne des Abs. 2 deckt sich daher nicht mit dem Interesse an dem Gegenstande der geschuldeten Leistung. Ebenso RG. Holdheims MSchr. 05 113. b) RG. JW. 05 492 Nr. 15: Rechts- und Verkehrssicherheit verlangen in gleichem Maße, daß auf genaue Beachtung der Fristsetzungsvorschriften geachtet und jedem Versuche entgegengetreten werde, der darauf abzielt, das versehentliche Unterlassen der Androhung mit Fristsetzung nachträglich durch das Vorbringen des nichtsäumigen Teiles zu rechtfertigen, die Erfüllung des Vertrags habe für ihn infolge des Verzugs kein Interesse mehr gehabt. c) MecklZ. 24 1, R. 05 679 Nr. 2809 (Rostock): Bei teilweiser Nichterfüllung hat der Gläubiger das Rücktrittsrecht und den Schadensersatzanspruch nur betreffs des noch ausstehenden Teiles, hinsichtlich des ganzen Vertrags nur, wenn er nachweist, daß die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat. Bei teilbarem Vertrag ist auch der Rücktritt teilbar. d) RG. JW. 05 136: Sind die Kaufsachen „Saisonartikel", so ist Rücktritt ohne Fristsetzung möglich, wenn infolge der Verzögerung die Saison verstrichen ist. Ebenso R. 06 48 Nr. 16 (Braunschweig). Solche Saisonartikel können auch für einzelne Fabrikationen bestehen. (RG. Holdheims MSchr. 05 207.)

9. Ablehnungserklärung. BadRpr. 05 74, R. 05 280 (Karlsruhe): Der Wille, die Leistung abzulehnen, braucht nicht gerade mit diesen Worten, sondern kann auch sonstwie in unzweideutiger Weise erklärt werden. Ebenso OLG. Köln in Sachen 4 U. 47/03, wo es als genügend bezeichnet wird, daß der Nichtsäumige eine „letzte" Nachfrist gesetzt hatte.

10. OLG. 12 41, PosMschr. 05 109, R. 06 115 (Königsberg): Kann der Schuldner nur durch Zusammenwirken mit dem Gläubiger an einem dritten Orte die Leistung bewirken (z. B. Auflassung an Gerichtsstelle), so muß der Gläubiger den Zeitpunkt bestimmen, wo er mit dem Schuldner zusammentreffen will. Ebenso RG. BayRpflZ. 05 367.

11. RG. JW. 05 686 Nr. 8: § 326 enthält dispositives Recht.

§ 327. SächsOLG. 25 64: Bei Mängeln im Rechte hat der Käufer ein einseitiges Rücktritts- (nicht Wandelungs-) Recht gemäß §§ 440, 327, 349 BGB.

Dritter Teil. Versprechen der Leistung an einen Dritten.

§§ 328 ff. a) *Dniestrzánski, Aufträge zugunsten Dritter (Leipzig 1905): Das Versprechen der Leistung an einen Dritten umfaßt insbesondere den sog. Vertrag zugunsten Dritter, geht aber in der Auffassung des BGB. darüber hinaus. Der Vertrag zugunsten Dritter ist ein Auftrag mit reeller Vermögenszuwendung an den Promittenten, der sich dafür verpflichtet, dem

Dritten einen Vorteil zuzuwenden (348 ff.). Was darüber hinaus noch unter das Versprechen der Leistung an einen Dritten nach BGB. zu subsumieren ist, erscheint in Wirklichkeit als Stellvertretung oder fremde Geschäftsführung (der nähere Nachweis bleibt dem 2. Bande vorbehalten). (S. a. u. zu §§ 662, 675.) **b)** *Klein, ZIntAnwVerb. **05** 5 ff. führt gegen **RG.** **52** 365 Nr. 95 und Endemann, DJZ. **04** 49 aus, daß, wenn ohne vorher begründetes Vertragsverhältnis fahrlässigerweise eine unrichtige Auskunft erteilt worden ist, ein vertragsmäßiger Anspruch auf Ersatz des dadurch erfolgten Schadens sich nicht begründen läßt. Das Schuldverhältnis ist nach dem BGB. eine rechtliche Sonderverbindung zwischen zwei Privaten, von denen bei der Durchführung jenes Verhältnisses nicht bloß die eine Partei in Betracht gezogen werden darf, sondern beide zur Berücksichtigung gelangen müssen. Dementsprechend müssen auch für den Fall, daß die Obligation objektiv dem Interesse eines Dritten dient, die Wirkungen aus dem Schuldverhältnisse nur in den Personen des Gläubigers und Schuldners eintreten. Beweisgrund auch die Möglichkeit der vertraglichen Einrückung eines Dritten in die Rechte des Gegenkontrahenten (BGB. §§ 328 ff.) **c)** *Hoffmann, BankA. **4** 134: Der Scheckinhaber erwirbt auf Grund des Scheckvertrags zwischen Aussteller und Bank gegen die etztere ein selbständig verfolgbares Recht.

§ 328. 1. BayObLG. **1** 111 (Nürnberg): An Geldern, die aus öffentlichen Sammlungen eingehen, erwirbt der Sammler, nicht der, zu dessen Gunsten gesammelt wurde, Eigentum.

2. **RG.** R. **06** 48 Nr. 17: Wenn jemand einen Geldbetrag zugunsten eines anderen bei einer Sparkasse angelegt hat, so ist damit der andere noch nicht Gläubiger des Sparkassenguthabens geworden. Denn die einseitige Handlung — das Einzahlen des Geldes und der Auftrag an die Sparkasse, das Sparkassenbuch auf den Namen des Anderen zu schreiben — bringt ein Eigentumsrecht des anderen an dem Buche oder dem darin verbrieften Guthaben noch nicht zur Entstehung.

3. **RG.** R. **05** 15 Nr. 20: Die Vertragsbestimmung, wonach der Käufer den Kaufpreis an einen Dritten zu zahlen hat, braucht nicht als ein Vertrag zugunsten dieses Dritten im Sinne des § 328 aufgefaßt zu werden, sondern kann auch die Bedeutung eines dem Käufer vom Verkäufer erteilten und von diesem nach § 671 Abs. 1 einseitig widerrufbaren Auftrags haben.

4. BadRpr. **05** 228 R. **05** 528 (Karlsruhe): Der Auftrag des Gläubigers an seinen Schuldner, das ihn Geschuldete an einen Dritten zu bezahlen, begründet keinen Vertrag zugunsten des Dritten.

§ 330. 1. Danz, Lebensversicherung „zugunsten der Erben", R. **05** 89: Lebensversicherungsverträge zugunsten der „Angehörigen", der „Familie", der „Hinterbliebenen", der „Erben" des Versicherungsnehmers sind Verträge zugunsten dieser Personen und machen diese forderungsberechtigt. In den Nachlaß fällt die Versicherungssumme nur dann, wenn der Versicherungsnehmer eine Versicherung auf den Inhaber abgeschlossen hatte und die Police für sich behielt. Sind „die Erben" als Forderungsberechtigte der Versicherungssumme benannt, so ist ihr Anspruch auf diese unabhängig davon, ob sie die ihnen angefallene Erbschaft des Erblassers definitiv behalten oder ausschlagen. An Danz hat sich angeschlossen OLG. **12** 40 (Jena).

2. **RG.** R. 05 601: Es ist die Frage der Auslegung im Einzelfalle, was der Versicherungsnehmer mit „meiner Familie" („meine Erben", „Hinterbliebenen" usw.) gemeint hat. Vgl. JDR. **3** Ziff. 6 zu § 330; ferner SächsOLG. **26** 273, OLG. **12** 38, 39 (Kiel), HansGZ. **05** Beibl. 145 (Hamburg).

3. R. **05** 311 (Breslau): Eine Unfallversicherung ist, soweit sie der Witwe und den Kindern des Verletzten einen Betrag für den Fall aussetzt, daß der Verletzte infolge des Unfalls verstirbt, eine Lebensversicherung im Sinne des § 330 BGB. Die Lebensversicherung gehört solchenfalls nicht zum Nachlasse des Verletzten.

4. **RG.** JW. **05** 210: Versichert eine Gemeinde ihre Beamten bei einer Versicherungsgesellschaft gegen Unfall, so erwerben die Beamten kein unmittelbares Forderungsrecht.

5. **RG.** JW. **05** 717 Nr. 7: § 330 ist nicht zur entsprechenden Anwendung auf ähnliche Fälle geeignet. Vielmehr ist solchenfalls von § 328 Abs. 2 BGB. auszugehen.

§ 331. 1. R. **05** 15, SeuffBl. **05** 124 (BayObLG): Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil dem anderen gegenüber verpflichtet, im Falle des Todes des anderen Teiles an einen Dritten eine bestimmte Leistung zu machen, ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 97: Der Versicherungsnehmer hat, solange er lebt, die Verfügung über die Forderung.

3. DJZ. **05** 73, OLG. **10** 72, KGJ. **29** A 153, R. **05** 224 (KG.): Verträge zugunsten Ungeborener — mag es sich um Erzeugte oder nicht Erzeugte handeln — sind gültig.

§ 333. Senckpiehl, Die nachträgliche Annahmebereitschaft des Empfängers beim Frachtvertrage, EisenbE. **21** 204: Hat der Empfänger zunächst die Annahme verweigert, sich aber dann zu ihr bereit erklärt, so braucht der Frachtführer dem nur stattzugeben, wenn a) der Empfänger die Zustimmung des Absenders nachweist, oder b) der Absender auf die nach § 437 HGB. eingeholte Anweisung innerhalb der erforderlichen Frist nichts Widriges angeordnet hat, oder c) der Frachtführer wegen Untunlichkeit von der Einholung der Absenderabweisung absehen darf. Hiergegen: Rundnagel, EisenbE. **21** 398.

Vierter Titel. Draufgabe. Vertragsstrafe.

§ 339. 1. Vogel, Zu §§ 339 ff. BGB. und Art. 13 BayAGBGB., BayRpflZ. **05** 387, behandelt Fälle, wo bei Abschluß eines bayrischen Bierlieferungsvertrags eine Vertragsstrafe für die Zuwiderhandlung gegen denselben vereinbart ist.

2. Hupka, ZVersWiss. **5** 123, beklagt, daß der Juristentag 1904 die Besprechung der Verwirkungsklausel der Versicherungsverträge vertagt hat.

3. **RG.** R. **05** 311 Nr. 1435: Auch die Auslegung von Abmachungen über Vertragsstrafen untersteht den §§ 133, 157 BGB. Einen Rechtssatz der engen Auslegung solcher Verträge hat das BGB. nicht aufgestellt.

4. **RG.** R. **05** 470 Nr. 1836: Der Zweck eines Strafgedinges (§ 339 BGB.) beschränkt sich nicht auf Sicherung eines Gewinnanspruchs, sondern geht dahin, im Falle der Vertragsverletzung dem Gläubiger den Nachweis des Schadensersatzes und des entgangenen Gewinns zu ersparen.

§ 340. WürttZ. **17** 4 (Stuttgart): Die Klage kann teilweis auf Vertragsstrafe, teilweis auf Vertragserfüllung gerichtet werden.

§ 341. 1. **RG.** JW. **05** 485: Bei einem vor 1. 1. 00 geschlossenen Vertrage ist die Frage, ob der Berechtigte durch eine Rechtshandlung sein Recht auf die Vertragsstrafe eingebüßt hat, nach altem Rechte zu entscheiden.

2. **RG. 59** 378, JW. **05** 137; OLG. **10** 160 (Marienwerder): Wenn der Gläubiger die verspätete Erfüllung angenommen hat, so muß er sich sein Recht auf Vertragsstrafe bei der Annahme vorbehalten; ein vorher erklärter Vorbehalt genügt allein nicht! Ähnlich **RG.** JW. **05** 428: Die Erklärung braucht nicht un-

bedingt durch Worte zu geschehen, muß aber für den anderen Teil verständlich sein.

§ 343. 1. SächsOLG. **26** 62: Der Anspruch auf richterliche Ermäßigung kann vom Beklagten mittels Einrede geltend gemacht werden.

2. Anwendbarkeit von § 343 bei Geltendmachung der statutarischen Straffestsetzung einer Aktiengesellschaft aus § 218 Abs. 2 HGB.? S. JDR. **4** zu § 218 HGB.

Fünfter Titel. Rücktritt.

§ 346. 1. **RG.** JW. **05** 137, R. **05** 193: Die Vorschriften über die Rückgewähr sind nicht zwingend; die Parteien können auch Wertersatz ausmachen.

2. SächsA. **15** 230 (Dresden): Der wegen Mängel der Kaufsache zur Wandelung berechtigte Käufer hat einen Anspruch auf Ersatz der Frachtauslagen, der Anfuhrkosten und der Ladekosten nicht auf Grund des Wandelungsrechts, sondern wegen § 276 BGB.

§ 349. Wehrs, Rücktritt vom Vergleich, R. **05** 160, teilt Entscheidungen mit, worin es für genügend erklärt wird, wenn der gerichtliche widerrufbare Vergleich, für den aber eine besondere Form des Widerrufs nicht vereinbart worden ist, nur dem Gerichte gegenüber widerrufen worden ist.

§ 351. 1. Oertmann, Wandelung nach Zwangsversteigerung der Kaufsache, DJZ. **05** 516: Die Veräußerung schließt ebensowenig wie die Zwangsvollstreckung des empfangenen Gegenstandes die Möglichkeit der Rückgabe aus; sie ist für die wirksame Ausübung des Rücktrittsrechts gänzlich einflußlos. Oertmann bekämpft sodann eingehend die Ansicht des Reichsgerichts, wonach der Rücktritt von vornherein ausgeschlossen sein soll, wenn gerade der Gegner selbst es ist, der das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung wieder erworben hat (**RG. 54** 219; **RG** SeuffA. **59** 179, JDR. **3** Ziff. 1 zu § 351).

2. **RG. 59** 97, JW. **05** 18 Nr. 13: Die „entsprechende Anwendung" des § 351 auf die Wandelung (§§ 465, 467) führt dahin, daß als der Zeitpunkt, bis zu dem ein Verschulden der im § 351 bezeichneten Art den Ausschluß des Wandelungsrechts zur Folge hat, die Zeit der Vollziehung der Wandelung gemäß § 465 BGB., nicht schon die Zeit der Rücktrittserklärung des Berechtigten anzusehen ist.

3. **RG. 59** 92: Es kann keine Rede sein, daß das auf Betrug begründete Rücktrittsrecht des Beklagten dadurch weggefallen wäre, daß in seinem Besitze das Grundstück zur Zwangsversteigerung gekommen ist. Dieser Umstand schließt ohne weiteres weder die Geltendmachung des vertragsmäßig vorbehaltenen Rücktrittsrechts noch die Wandelungsklage aus; vielmehr kommt es darauf an, ob denjenigen, der nun nicht mehr in der Lage ist, das Grundstück zurückzugeben, ein Verschulden oder wenigstens ein überwiegendes Verschulden an der Zwangsversteigerung trifft.

Dritter Abschnitt. Erlöschen der Schuldverhältnisse.

Vorbemerkung (zum ersten und zweiten Titel): Mit den in diesen Titeln behandelten Fragen haben sich im Berichtsjahre zahlreiche Aufsätze und Abhandlungen befaßt. Prinzipieller Natur sind die Erörterungen von Klein. Die Erfüllung unter Vorbehalt behandelt Martinius; die noch nicht genügend behandelte Frage der Hingabe erfüllungshalber wird in einem vortrefflichen Aufsatz von Müller erörtert. Der vom Verfasser eingesandte Selbstbericht ist durch den Redaktor ergänzt und erweitert worden. Scharf und kurz erörtert Eccius einige Fragen zum § 367. Hinzuweisen ist auf die Abhandlungen zu § 368. — Zu dem die Hinterlegung behandelnden Titel ist im Berichtsjahre nichts Wesentliches zu vermerken. Erwähnenswert ist die zu § 383 abgedruckte Entscheidung des RG.

Erster Titel. Erfüllung.

Literatur: Cohn, Die Wandelung bei Hingabe an Erfüllungsstatt durch Dritte, R. 05 102. — Eccius, Zur Lehre von der Zurückweisung von Teilzahlungen, GruchotsBeitr. 49 469. — Glatzer, Zur Frage der Mitwirkung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts bei Quittierung einer Mündelforderung. GruchotsBeitr. 49 558. — Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung. Berlin 1905. — Martinius, Der Leistungsrückstand nach Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung, ACivPrax. 97 87 ff. — G. Müller, Die Hingabe erfüllungshalber, SeuffBl. 05 553. — Vonschott, Bedarf es einer Mitwirkung des Gegenvormundes bei der Quittierung einer Mündelforderung? GruchotsBeitr. 49 9.

Zu § 362 ff. 1. *Klein: Es ist zu unterscheiden zwischen Erlöschensgründen der einzelnen Forderungen und Erlöschensgründen der zusammengesetzten Obligationen. Die Erlöschensgründe der einzelnen Forderungen zerfallen wiederum in Erlöschensgründe mit und ohne Bedürfnisbefriedigung des Gläubigers. (Eine Sonderstellung nimmt der Erlaß ein.) Die Erlöschensgründe mit Bedürfnisbefriedigung des Gläubigers zerfallen einmal in solche, bei denen die Obligation durch eine besondere auf sie gerichtete Handlung (ein auf sie gerichtetes Verhalten) des Schuldners (bzw. eines Dritten) erlischt (Erfüllung, Novation, Hinterlegung, Aufrechnung), und solche, bei denen die Obligation nicht durch ein auf sie direkt gerichtetes Verhalten, eine auf sie direkt gerichtete Handlung (Leistung) des Schuldners (bzw. eines Dritten), sondern dadurch erlischt, daß ihr entfernterer realer juristischer Zweck gleich vollständig durch eine nicht auf die Obligation gerichtete Tätigkeit oder einen zufälligen Vorgang erreicht ist (67—119). Diese Fälle des Erlöschens werden als Fälle des „Unterganges der Obligation durch Zweckerreichung" zusammengefaßt. Häufigste Fälle bei Erfüllung eines von mehreren zweckidentischen Ansprüchen. Bei Gesamtschuld, Bürgschaft (Tilgung der Hauptschuld), Verwertungsrecht und obligatorischem Anspruch (98, 99 bes. Anm. 217); bei der confusio, beim concursus duarum causarum lucrativarum (116—148). Weil in den Fällen des Erlöschens der Obligation durch „Zweckerreichung" die Bedürfnisbefriedigung nicht durch eine Leistung auf die Forderung erreicht wurde, sondern durch eine nicht auf die Obligation gerichtete Tätigkeit oder gar einen zufälligen Vorgang, so kann vom Schuldner nicht auf das genetische Synallagma zurückgegriffen, nicht die Verpflichtung des Gläubigers zur Gegenleistung geltend gemacht werden. Selbstverständlich ist die Geltendmachung dieser Gegenansprüche aus anderen Gesichtspunkten nicht ausgeschlossen. Zweckerreichung ist Unmöglichkeit der causa-Bewirkung.

2. *Thal, Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen (1905) 85—139 (vgl. zu §§ 1279 und 1287): Durch die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit — soweit diese endgültig und vollständig ist — wird regelmäßig der Untergang des Schuldverhältnisses herbeigeführt. Ausnahmsweise bleibt das von der Konfusion betroffene Rechtsverhältnis bestehen, wenn ein positiver Anlaß dazu vorhanden ist. Als solcher ist anzusehen: das schutzwürdige Interesse Dritter an der Aufrechterhaltung und die dem Rechtsverhältnis innewohnende oder später ihm beigelegte Zweckbestimmung. Maßgebender Gesichtspunkt für den Fortbestand ist die Möglichkeit vollständiger Zweckerreichung (138, 139).

§ 363. 1. *Martinius: Erfüllung unter Vorbehalt ist unvollständige Erfüllung. Bei Erfüllung durch Leistung einer nicht vertretbaren Sache unter Vorbehalt behält der Schuldner durch das Nichtbestehen der Forderung des Gläubigers bedingtes Eigentum inne, bei Erfüllung durch Leistung vertretbarer Sachen unter Vorbehalt eine durch das Nichtbestehen der Forderung des Gläubigers bedingte Forderung auf Rückleistung einer gleichen Menge vertretbarer Sachen derselben Art. Der Gläubiger hat einen Anspruch und dem-

gemäß Klage auf Gewährung des Leistungsrückstandes durch Verzicht auf das innebehaltene bedingte Eigentum oder Erlaß der innebehaltenen bedingten Forderung. Es steht keineswegs Innehaltung des gesetzlichen Bereicherungsanspruchs in Frage. Deshalb hat auch Gläubiger die Behauptungs- und Beweislast für die Entstehung der unter Vorbehalt erfüllten Schuld, sowohl bei Klage auf den Leistungsrückstand, als auch wenn Schuldner aus dem Vorbehalte (Vorbehaltsvertrage) klagt. Schuldner hat im letzteren Falle nicht das Nichtentstehen der unter Vorbehalt erfüllten Schuld wie bei einer Bereicherungsklage wegen mangelnden rechtlichen Grundes der Leistung zu behaupten und zu beweisen. Keine Feststellungsklage des Gläubigers, wo Leistungsklage gegeben ist (vgl. l. 27 Dig. 46, 3). Petitum z. B.: „Dem Kläger die durch das Nichtbestehen der Darlehnsforderung desselben von 100 bedingte Forderung auf Rückleistung der unter Vorbehalt hierauf gezahlten 100 zu erlassen".

2. Über den Begriff der Annahme als Erfüllung vgl. zu § 341.

3. **RG.** SeuffA. **60** 220 f. schon IDR. **3** § 363 Ziff. 3.

§ 364. Müller: Unterschied der Hingabe an Erfüllungsstatt von der Hingabe erfüllungshalber. Grundsätze des Wechsel- und Vollstreckungsrechts (553—555). — Hingabe und Annahme erfüllungshalber bilden einen Vertrag, für den die allgemeinen Vorschriften für Verträge gelten. Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit des Vertrags. Der Vertrag ist immer ein entgeltlicher dann, wenn der Vertrag, zu dessen Erfüllung der Versuch der Erfüllung durch Hingabe zahlungshalber erfolgt, ein entgeltlicher ist. Umgekehrt aber bedingt die Unentgeltlichkeit des ursprünglichen Vertrags nicht immer auch Unentgeltlichkeit des Vertrags über Hingabe und Annahme erfüllungshalber. — Bei dem Vertrag über Hingabe und Annahme erfüllungshalber kann die vertragsmäßige Willensübereinstimmung der Parteien dahin gehen (556ff.) a) daß der Gläubiger, ohne seinerseits eine Verpflichtung zu übernehmen, nur berechtigt sein soll, aus dem, was erfüllungshalber hingegeben wird, seinen Anspruch zu befriedigen; b) daß der Gläubiger nicht bloß berechtigt sein soll, zunächst aus dem, was erfüllungshalber hingegeben wird, seinen Anspruch zu befriedigen, sondern auch verpflichtet sein soll, Befriedigung seines Anspruchs zunächst aus dem, was ihm erfüllungshalber hingegeben wird, entgegenzunehmen; c) daß der Gläubiger nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein soll, zunächst aus dem, was erfüllungshalber hingegeben wird, Befriedigung seines Anspruchs zu suchen. Für den letzten der Fälle, der als Regel anzusehen ist, gelten folgende Sätze: α. Der Gläubiger, der sich mit der Hingabe erfüllungshalber einverstanden erklärt, soll nicht mehr erhalten, als er auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses zu beanspruchen hat. β. Der Gläubiger ist auf Grund des Vertrags über Hingabe und Annahme erfüllungshalber verpflichtet, zunächst aus dem seine Befriedigung zu suchen, was ihm erfüllungshalber hingegeben wird. γ. Der Gläubiger darf erst dann die ursprünglich geschuldete Art der Befriedigung verlangen, wenn er aus dem, was ihm erfüllungshalber hingegeben wurde, keine Befriedigung erlangen kann. In dem Regelfall, und sofern nicht ein anderer Wille der Parteien erkennbar ist, bilden demnach Hingabe und Annahme erfüllungshalber einen Vertrag, inhaltlich dessen der Gläubiger nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet wird, zunächst aus dem, was ihm erfüllungshalber hingegeben wird, auf Kosten des Schuldners seine Befriedigung zu suchen, und erst dann, wenn dieser Versuch zu einer Befriedigung nicht geführt hat, berechtigt sein soll, auf die ursprüngliche Forderung zurückzugreifen. — Die Verträge über Hingabe und Annahme erfüllungshalber sind nicht als gegenseitige Verträge zu erachten und unterliegen nicht den Vorschriften der §§ 320—327 BGB. (558). Die Hingabe erfüllungshalber kann erfolgen (559): A. durch Übernahme

einer neuen Verbindlichkeit durch denselben Schuldner; B. durch Übertragung einer Forderung oder eines Rechtes; C. durch Einräumung bzw. Übertragung des Rechtes, insbesondere des Eigentumsrechts an einer Sache oder an einem Grundstücke; D. durch Übergabe eines Gegenstandes mit der Bestimmung, daß der Gläubiger den Gegenstand verkaufe und sich aus dem Erlöse für seine Forderung bezahlt mache. Diese verschiedenen Fälle werden eingehend besprochen. Vgl. näheres 559—572.

§ 365. 1. *Cohn: a) Die analoge Anwendung der Kaufregeln führt zu Schwierigkeiten besonders bei Hingabe an Erfüllungsstatt durch Dritte und hier wieder vor allem bei der Wandelung. b) Der Dritte hat die „Befreiung des Schuldners" zurückzugewähren. Das ist „objektiv unmöglich", weil dem Dritten die rechtliche Macht fehlt, dieselbe Schuld, die mit Akzessorien nach § 364 endgültig erloschen ist, wieder zur Entstehung zu bringen. c) Diese Unmöglichkeit begründet — entgegen der Auffassung von Planck und Schollmeyer — nicht immer eine Schadensersatzpflicht des Dritten, weil sie nicht auf einem von ihm „zu vertretenden" Umstande beruht, wie dies eine Ersatzpflicht wegen „Unmöglichkeit" voraussetzt. Die Unmöglichkeit beruht auf der Rechtsnatur des Geschäfts, das der Gläubiger geschlossen hat, nicht auf „Verschulden" des Dritten. d) Eine andere Frage ist es, ob nicht ein Anspruch gegen den befreiten Schuldner besteht. Hier kommt es auf das Kausalverhältnis zwischen Drittem und befreitem Schuldner an. Stellt sich dies als Schenkung oder auftraglose Geschäftsführung dar, dann läßt sich ein Bereicherungsanspruch des Gläubigers gegen den befreiten Schuldner nach § 822 konstruieren. In allen Fällen ist — anders Rehbein — ein solcher Anspruch nicht begründet. e) Historisch interessant ist dabei: Das BGB. wollte ausweislich der Motive und Protokolle das gemeinrechtliche Wahlrecht zwischen Wiederaufleben der Forderung gegen Schuldner und Ersatzanspruch beseitigen. Durch das Wahlrecht zwischen Wandelung und Schadensersatz bzw. bei Rechtsmängeln zwischen Rücktritt und Schadensersatz wird doch wieder ein ähnliches Ergebnis gezeitigt. Neben dem Ersatzanspruch kann ein Bereicherungsanspruch bestehen, der inhaltlich dem erloschenen Anspruche gleichkommt. Also trotz allen Protestes gegen das Wahlrecht des römischen Rechtes, doch ein solches — nur in veränderter Form — auch im BGB.

2. *Hoffmann, BankA. 4 134: Der Inhaber der nicht eingelösten Schuld hat Regreßanspruch nicht gegen seine Vormänner, wohl aber gegen den Aussteller.

§ 366. BayObLG., SeuffA. **60** 90, BayRpflZ. **05** 178, s. schon IDR. 3 § 366 Ziff. 3c, **RG. 60** 284ff., 290: Der § 366 Abs. 2 setzt rechtsgeschäftlich wirksame Zahlungen oder Erfüllungsleistungen eines Schuldners voraus und gibt nur eine Auslegungsregel für dessen rechtsgeschäftlichen Willen.

§ 367. 1. Eccius: Die Vorschrift des § 367 hat Fälle im Auge, in denen das Recht auf Nebenleistung auf besonderer Grundlage beruht und die Nebenleistung ihre an sich selbständige Natur und Fälligkeit hat. Hier führt § 367 zu dem Ergebnisse, daß, wenn bei einer Kapital- und Nebenleistungsbetrag nicht deckenden Leistung der Schuldner mit der gesetzlichen Verrechnung einverstanden ist, der Gläubiger die Leistung, soweit sie die Nebenleistung deckt, anzunehmen verpflichtet ist, daneben aber den auf das Kapital fallenden Teil der Leistung doch noch als Teilleistung zurückweisen kann. In den Worten „wenn außer einer Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten sind" tritt zutage, daß die Bestimmung nur dann anwendbar ist, wenn die Zinsen und Kosten als fällige Leistung gefordert werden können. Verfasser bespricht 2 ihm bedenklich erscheinende Entscheidungen.

2. OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 312: Der Kläger hat das Recht, die ohne die Kosten angebotene Summe des vollstreckbaren Titels abzulehnen.

§ 368. 1. a) Vonschott, 9 ff., 24 (vgl. zu § 1812): Die Quittung, auf welche der Schuldner nach § 368 Anspruch hat, ist lediglich als Beweismittel anzusprechen; in ihrer Ausstellung kann eine Verfügung über die Forderung nicht gefunden werden. — Der § 368 gewährt dem erfüllenden Schuldner ein wirkliches subjektives Recht auf die Quittung. Verweigert der Gläubiger dem Schuldner, der die Leistung ihm anbietet, die verlangte Ausstellung der Quittung, so braucht der Schuldner die Leistung nicht zu bewirken; er hat ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB., und der Gläubiger kommt nach § 298 in Annahmeverzug. Ein Verzicht auf die Quittung kann, wenigstens bei höheren Forderungen, nicht darin erblickt werden, daß der Schuldner die Leistung bewirkt hat, ohne ein Empfangsbekenntnis zu verlangen; vielmehr ist er ein solches auch nachträglich vom Gläubiger zu fordern berechtigt. b) *Glaßer: Auch für das BGB hat die Quittung im Regelfall als bloßes Beweismittel zu gelten. Inhalt der als Beweismittel dienenden Urkunde ist das förmliche Annahmezugeständnis des Gläubigers: der körperliche Vorgang der Annahme wird in der Schriftform niedergelegt, der konstitutive Annahmeakt in deklaratorische Form gekleidet. Also bildet bei nachträglicher Ausstellung die Urkunde die Reproduktion jenes Aktes. Die Quittung wird für den Beweiszweck verwendbar durch Erteilung, d. h. bewußte und gewollte Aushändigung an den Schuldner. Die Quittierung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft und zwar ein empfangsbedürftiges, dem leistenden Schuldner gegenüber erfolgendes. Quittierung durch Vormund s. bei § 1812 BGB., Urteilsvollstreckung bei § 894 ZPO.

2. WürttJ. **17** 147 ff., 155 (Stuttgart): Der Grundstückseigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, aber den Gläubiger befriedigt, hat ebenso wie der Schuldner den Anspruch auf Quittung.

3. BraunschwZ. **05** 174 (Braunschweig) über die Befugnis der Bureauvorsteher von Rechtsanwälten zur Entgegennahme und Zusicherung von Zahlungen.

§ 369. NaumburgAK. **05** 33 (Naumburg): Die Vorschußleistung ist Voraussetzung für die Entstehung der Quittungspflicht. Denn es sollen dem Gläubiger, der zu einer positiven Leistung nicht verpflichtet ist, keinerlei Aufwendungen für das einseitige Interesse des Schuldners zugemutet werden.

§ 370. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 1, PuchfeltsZ. **05** 31, BankA. **4** 106: Zwischen einem Quittungsscheck, d. i. einer in Erwartung der Zahlung ausgestellten Quittung, und einem in Anweisungsform ausgestellten Scheck besteht ein rechtlicher Unterschied nicht. Auch der Quittungsscheck kann wie jener dazu benutzt werden, Zahlungen an Dritte zu leisten, da nach § 370 der Überbringer einer Quittung als ermächtigt gilt, die Zahlung zu empfangen, wenn nicht die dem Zahlenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen. Das Recht, an den Überbringer einer Quittung ohne Prüfung seiner Legitimation mit befreiender Wirkung zu zahlen, setzt aber eine echte Quittung voraus; eine unbestrittenermaßen gefälschte Quittung begründet für den angeblichen Aussteller ohne weiteres keine Rechtsfolgen, und die Einlösung derselben entlastet eine Bank nicht, sondern fügt ihr einen entsprechenden Schaden zu. Dieser trifft zunächst das eigene Vermögen der einlösenden Bank.

§ 371. AG. I Berlin, KGBl. **05** 71: Nach § 371 soll der Schuldner durch Herausgabe des Schuldscheins nicht nur ein Beweismittel für die Tilgung der Schuld erhalten, es soll ihm auch der Besitz der von ihm über die Schuld ausgestellten Urkunde gegeben werden, um ihn vor der Gefahr zu bewahren, wegen der bereits getilgten Schuld nochmals mit für ihn erschwerter Beweislast in Anspruch genommen zu werden. Die Bestimmung des § 371 ist daher auch

auf die vollstreckbaren Urteilsausfertigungen anzuwenden, die für den Schuldner viel gefährlicher sind als bloße Schuldscheine, da hier sofort Vollstreckung droht.

Zweiter Titel. Hinterlegung.

Vorbemerkung (s. o. zum ersten Titel).

§ 372. 1. **RG. 59** 14 f. schon JDR. **3** § 372 Ziff. 1a: Prüfungspflicht des hinterlegenden Schuldners.

2. R. **05** 431 (Breslau): Wird bei der Leistungsklage die Ungewißheit der Person des Gläubigers behauptet, namentlich die mehrfache Pfändung in Gemäßheit des § 853 ZPO. eingewendet, so enthält der Leistungsantrag von selbst das Verlangen auf Verurteilung zur Hinterlegung.

3. SeuffA. **60** 386 (Hamburg): Der Hinterlegende hat die Verpflichtung, die möglichen Gläubiger der Hinterlegungsstelle anzugeben.

4. *Weyl, Verschuldensbegriffe 519 zu d, sieht in der Bestimmung des § 372 Satz 2 einen Fall des Verschuldens gegen sich selbst.

§ 379. RG. 59 14 ff., 17: Die Verweisung auf Grund des § 379 Abs. 1 ist nicht ein rechtsgeschäftlicher Akt, eine empfangsbedürftige Willenserklärung mit der Wirkung der Begründung des Anspruchs des verwiesenen Gläubigers auf die hinterlegte Sache, sondern lediglich die Einrede des Schuldners, der auf die Rücknahme nicht verzichtet hat, daß er nicht zu zahlen brauche, weil und solange er berechtigterweise hinterlegt habe.

§ 383. RG. JW. 05 538, Holdheims MSchr. **05** 286: Der § 373 HGB. enthält über den Ort, wo der Selbsthilfeverkauf stattzufinden hat, keine Bestimmung, insbesondere ist darin nicht, wie im § 383 BGB. bestimmt, daß der Verkauf gerade am Leistungsorte, d. h. Erfüllungsorte stattfinden muß und daß nur dann, wenn ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten ist, an einem anderen Orte zu verkaufen ist. Den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entsprechend muß eine freie Auffassung Platz greifen. Demgemäß wird eine Ausnahme von der Regel schon dann gerechtfertigt erscheinen, wenn der Verkäufer einen anderen Verkaufsort nicht rein willkürlich, sondern in gutem Glauben gewählt hat, weil er als ordentlicher Kaufmann den Interessen des säumigen Käufers Rechnung tragend nach Würdigung der Umstände des Falles den gewählten Verkaufsort mit Rücksicht auf die Gleichheit der Marktverhältnisse und seine nicht große Entfernung von dem regelmäßigen Verkaufsort als gleich geeignet, wenn auch nicht als geeigneter als den letzteren angesehen hat und ansehen durfte.

Dritter Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung: Eine eingehende Behandlung hat die Lehre von der Eventualaufrechnung erfahren. Neben den Arbeiten von Martinius und Mocker hat vor allem Stölzel wiederum versucht, die Klagabweisungstheorie als die ausschließlich richtige hinzustellen und hat unermüdlich neues Material zu dieser Frage herbeigetragen. Der im AcivPrax. **96** 234 enthaltene Aufsatz ist wie im Vorjahre (s. Vorbemerkung zu diesem Titel, JDR. **3**) bemerkt wurde, diesmal nachträglich mitgeteilt worden. — Den früher so zahlreichen Erörterungen zu § 394 ist im Berichtsjahr ein großer Stillstand gefolgt. Außer dem Aufsatze von Gorden ist nichts Bemerkenswertes zu verzeichnen. — Unter den Entscheidungen des RG. mag die zu §§ 387, 388 abgedruckte hervorgehoben werden, die ausführt daß der Bürge nicht mit Forderungen des Hauptschuldners aufrechnen dürfe.

Literatur: Danz, Der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte und die Auslegung, BankA. **4** 145. — Martinius, Der Leistungsrückstand nach Vorbehaltszahlung der Eventualaufrechnung, AcivPrax. **97** 87. — Mocker, Eventualaufrechnung SeuffBl. **05** 537. — Oertmann, Aufrechnung und Anweisung, R. **05** 33. — Stölzel, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung über Eventualaufrechnung, AcivPrax. **96** 234. — Ders.,

Die neueste Reichsgerichtsentscheidung über Eventualaufrechnung, DJZ. 05 513. — Ders., Ein bedenkliches oberlandesgerichtliches Urteil über Eventualaufrechnung als Folge der Beweiserhebungstheorie, R. 05 611.

§§ 387, 388. 1. *Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung 17 (s. o. zu §§ 362 ff. Ziff. 1): Beim Geschäfte des Wechselns kann der Wechsler im allgemeinen nicht gegen die Forderung auf Herausgabe des aus dem Wechselgeschäfte zu zahlenden Geldes eine frühere Forderung gegen den, der ihm das Geld zum Wechseln gab, aufrechnen, weil es sich um Geschäfte handelt, die Zug um Zug zu erfüllen sind. Man kommt hier mit der Annahme eines stillschweigenden pactum de non compensando zum Ziele. Hält der Wechsler dem pactum de non compensando zuwider das Geld zurück mit der Begründung, er wolle aufrechnen, so kann ihm BGB. § 393 vorgehalten werden.

2. Oertmann, R. **05** 33, wendet sich gegen die von Kohler, BuschsZ. **24** 1 ff. (vgl. JDR. **1** §§ 387, 388 Ziff. 1 u. a.) aufgestellte Theorie, nach welcher er die Aufrechnung aus dem Begriffe der Anweisung zu erklären suchte. Aufrechnung und Anweisung sind in ihren Voraussetzungen und Wirkungen völlig voneinander verschieden (vgl. auch unten zu § 783).

3. Eventualaufrechnung. **a)** Stölzel, ACivPrax. **96** 234 ergänzt seine Ausführungen aus ACivPrax. **95** 1 ff. (JDR. **2** §§ 387, 388 Ziff. 3 a) und bespricht drei nicht veröffentlichte Entscheidungen des RG. vom 26. 1. 81, vom 11. 6. 81 und vom 24. 5. 84, in denen das RG. bei streitiger Klageforderung und unstreitiger Gegenforderung sich auf den Standpunkt der Klagabweisungstheorie gestellt habe. 269 ff. Besprechung eines Urteils des obersten österreichischen Gerichtshofs (vgl. 272). **b)** *Stölzel, R. **05** 611: Die Rechtskraft eines Urteils, das die Klage ohne Beweiserhebung abweist, weil selbst, wenn wider Bestreiten der Klageforderung die Beweisaufnahme ein günstiges Resultat ergeben sollte, der Kläger doch wegen der geltend gemachten unstreitigen Gegenforderung nichts zu fordern hat, ist unrichtig (vom OLG. Karlsruhe, OLG. **11** 82) bemessen, wenn die Tilgung der Gegenforderung als dadurch entschieden angenommen wird. Nur die Tilgung der behaupteten Klagforderung ist festgestellt, die Frage, ob auch die Gegenforderung getilgt sei, ist unentschieden gelassen. **c)** *Stölzel, DJZ. **05** 513: Die Ausführung eines Berufungsgerichts, daß bei teilweis feststehender, teilweis streitiger Klageforderung die Klage auf Grund feststehender, die ganze Klageforderung übersteigender Gegenforderung (ohne Beweiserhebung über die Höhe der Klageforderung) abzuweisen und die Frage, ob die Gegenforderung auch in Höhe des streitigen Teiles der Klageforderung getilgt sei, im anhängigen Prozesse nicht zur Entscheidung gelange, hat das RG. VII. Sen. am 28. 1. 05 für eine nichtrechtsverletzende erklärt und die gegen das klagabweisende Berufungsurteil eingelegte Revision zurückgewiesen. Das widerspricht zwar den in analogen Fällen ergangenen RG.-Urteilen der Jahre 1896, 1898, 1900, 1902, stimmt aber überein mit RG.-Urteilen der Jahre 1881, 1884, 1887, wie sie im ACivPrax. **95** 1 ff., **96** 234 angeführt sind. **d)** *Martinius, ACivPrax. **97** 87 ff.: Eventualaufrechnung ist Aufrechnung mit einer Gegenforderung unter der (ausdrücklichen, gewillkürten) Bedingung des Bestehens der Forderung des anderen Teiles (nicht unter einer bloßen Voraussetzung, wie die Motive wollen!). Sie ist also nur statthaft, wenn der andere Teil zustimmt. Eventualaufrechnung behält eine (seine) nunmehr durch das Nichtbestehen der Forderung des anderen Teiles bedingte Forderung inne. Der andere Teil kann auf den Leistungsrückstand (Erlaß dieser bedingten Forderung) klagen. Er hat nur eine Teilleistung angenommen. Feststellungsklage ist nicht statthaft (vgl. die Bemerkung zu § 363 über Erfüllung unter Vorbehalt, wo die Sache ganz analog liegt. Petitum z. B.: „Die durch das Nichtbestehen der

Darlehnsforderung des Klägers von 100 bedingte, bei Abgabe der Eventualaufrechnungserklärung vom ꝛc. innebehaltene Kaufgelderforderung von 100 aus dem Kaufvertrage vom ꝛc. dem Kläger zu erlassen". **e)** Mocker wendet sich gegen Stölzel, indem er ausführt: Der Beklagte, welcher die Klageforderung bestreitet und gleichzeitig seine Gegenforderung zur Aufrechnung geltend macht, will, daß zunächst die Richtigkeit der Klageforderung geprüft werde und erst, wenn diese Forderung als richtig anerkannt wäre, seine Aufrechnungserklärung in Wirksamkeit treten sollte. Stölzels Gründe beruhen im wesentlichen auf der Annahme, daß die Einrede aus der im Prozeß erklärten Aufrechnung ebenso behandelt werden müsse, wie alle sonstigen klagezerstörenden Einreden. Und doch besteht der erhebliche Unterschied, daß der Beklagte mit jener Einrede nicht, wie bei den anderen Einreden, eine bereits erfolgte Beseitigung des Klaganspruchs geltend macht, sondern die in dem Vorbringen der Einrede enthaltene Aufrechnungserklärung erst die Tilgung der Klageforderung zur Folge hat. Verf. wendet sich (539 ff.) gegen Stölzels weitere Gründe in der „Schulung für die zivilistische Praxis". **f)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 228: Bestreitet der Beklagte das Bestehen der vom Kläger geltend gemachten Forderung, rechnet er aber eine ihm zustehende Gegenforderung auf, so kann dies, wenn nichts anderes erklärt wird, nur dahin verstanden werden, der Beklagte wolle für den Fall aufrechnen, daß die Forderung des Klägers nach der Entscheidung des Gerichts entgegen seiner Ansicht bestehe; nicht aber dahin, daß er unter allen Umständen aufrechnen wolle, auch wenn die Forderung des Klägers seiner Ansicht entsprechend nicht bestehe, er also eine Aufrechnung jedenfalls nicht nötig habe. — Ist der Einwand der Aufrechnung sonach nur ein eventueller, so darf das Gericht auf Grund desselben die Klage nur dann abweisen, wenn es die Forderung des Klägers — abgesehen von der Aufrechnung — für begründet hält. Es darf nicht die Aufrechnung berücksichtigen, sie als erfolgt betrachten, die Gegenforderung also nach § 389 BGB. für erloschen erklären, ehe feststeht, daß die Voraussetzung gegeben sei, für welche sie allein erklärt war.

4. BreslauAK. **05** 311 (Breslau): Die Unzulässigkeit der Aufrechnung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung betrifft nur die einseitige Erklärung; durch Vertrag kann auch bedingt oder befristet aufgerechnet werden.

5. Vertragliche Aufrechnung. **a)** **RG. 60** 294 (vgl. u. § 853): Ist in einem Kaufvertrage jede Aufrechnung ausgeschlossen, so kann dies nicht auf Ansprüche bezogen werden, die dem Beklagten aus dem betrügerischen Verhalten des Klägers entstanden sind. Beruft der Kläger sich auf diese Bestimmung, so handelt er wider die guten Sitten und gegen Treu und Glauben. **b)** LG. Halberstadt, NaumburgAK. **05** 90: Vgl. die dort erwähnte ➵ sehr zweifelhafte — Red. ⇷ Entscheidung über einen Fall vertraglicher Ausschließung der Aufrechnung. **c)** **RG.** BankA. **4** 59: Die vertragsmäßige Aufrechnung mit rechtsbeständigen Forderungen gegen nichtige Verbindlichkeiten aus Börsentermingeschäften ist rechtswirksam: Der Aufrechnende kann jedoch die in der Aufrechnung liegende Erfüllungsleistung nach Maßgabe der Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.

6. LG. Gießen, HessRspr. **6** 76: Die Aufrechnung ist keine Leistung im Sinne des § 793 BGB., s. u. zu § 793.

7. **RG. 59** 207 ff., 210: Der Bürge kann nicht mit einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen. Dies ist nach BGB. dadurch ausgeschlossen, daß nach § 388 die Aufrechnung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile erfolgt und daß hierunter nur eine Erklärung des Schuldners selbst verstanden sein kann, weil im § 387 nur gesagt ist, daß jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen

Teiles aufrechnen könne, während sich eine besondere Bestimmung, wonach der Bürge auch eine Gegenforderung des Hauptschuldners zur Aufrechnung bringen könnte, im BGB. nicht findet. S. a. u. zu § 776 Ziff. 1 a.

8. *Danz, BankA. **4** 145 ff.: In dem Zusenden eines Rechnungsauszugs mit dem Ersuchen, den sich daraus ergebenden Saldo anzuerkennen, liegt eine Offerte zum Abschlusse eines Aufrechnungsvertrags. Auf ihn finden die lediglich für die einseitige Aufrechnungserklärung aufgestellten Bestimmungen des BGB. §§ 387 ff. keine Anwendung, sein Inhalt bestimmt sich nach § 242 BGB. Finden sich unter den aufzunehmenden Posten solche aus unklagbaren Börsentermingeschäften, so werden diese zunächst durch die Aufrechnung getilgt. Aus § 66 BörsG. geht hervor, daß auch die Tilgung einer Forderung aus einem Börsentermingeschäfte durch die einseitige Aufrechnung, wie sie das BGB. in den §§ 387 ff. behandelt, nicht zulässig ist; denn die Aufrechnungserklärung wirkt — von der rückwirkenden Kraft nach § 389 BGB. abgesehen — genau so, als hätten der Aufrechnende und sein Gegner die schuldigen Beträge sich bar ausgezahlt. — Über die verhältnismäßige Aufrechnung bei ungültigen Börsentermingeschäften im Kontokurrent vgl. Heilbrunn, Holdheims MSchr. **05** 228.

9. *Hoffmann, BankA. **4** 134: Aufrechnung der Bank gegen den Präsentanten des Schecks.

10. Einzelne Fälle. **a)** **RG.** SeuffA. **60** 55 (s. schon IDR. **2** §§ 387, 388 Ziff. 7 a): Keine Aufrechnung, bevor der Aufrechnende Schuldner des anderen Teiles geworden ist. **b)** OLG. **10** 160 (KG.): Der Kläger ist Zessionar einer Teilforderung des N. gegen den Beklagten; der Beklagte rechnet mit Forderungen gegen N. auf, die ihm schon vor der Zession zustanden. Der Kläger hat keine Befugnis (**RG.** **42** 320), die Restforderung des Zedenten zur Gegenaufrechnung heranzuziehen und den Beklagten auf die Aufrechnung gegen den dem Kläger nicht zustehenden Teil der Hauptforderung zu verweisen. Denn die Aufrechnung geschieht nach § 388 ausschließlich durch den Berechtigten und nicht durch den Richter. **c)** OLG. **10** 173 (KG.): Der auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verklagte Mann kann eine ihm gegen den Kläger rechtskräftig zustehende Forderung zur Aufrechnung stellen. **d)** OLG. Dresden, R. **05** 679, ZBlFG. **6** 341: Der Umstand, daß der Versteigerungserlös in erster Reihe zur Befriedigung der Realgläubiger dient, hindert die Aufrechnung des Erstehers mit einer ihm an den Schuldner zustehenden Forderung nur insoweit, als der Erlös auf Ansprüche zuzuteilen ist, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewähren; soweit dies nicht der Fall ist und der Versteigerungserlös dem Schuldner gebührt, kann der Ersteher nach §§ 387 ff. BGB. aufrechnen. **e)** OLG. **10** 246 (KG.): Bei der Genossenschaft kann der Genosse auch nach erfolgtem Ausscheiden nicht gegen Einzahlungen auf den Geschäftsanteil aufrechnen. **f)** **RG.** Holdheims MSchr. **05** 142: Durch § 19 GmbHG. ist nicht die vertragsmäßige Aufrechnung der Einlageverbindlichkeit mit Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft ausgeschlossen, sondern nur dem Gesellschafter die einseitige Aufrechnung versagt.

§ 389. 1. OLG. **10** 214 (Frankfurt): Wie weit die nach § 389 grundsätzlich anerkannte rückwirkende Kraft des Aufrechnungsvollzugs reichen soll, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit und Billigkeit. Das BGB. vertritt unzweifelhaft den Standpunkt, daß in der Regel die beiden Forderungen sich noch im Augenblicke des Aufrechnungsvollzugs vollwirksam und aufrechnungsfähig gegenüberstehen müssen und daß nicht genügt, wenn sie zur Zeit der Begründung der Aufrechnungsbefugnis vollwirksam und aufrechnungsfähig bestanden haben. Es hat aber diese Regel aus Billigkeitsrücksichten durch Ausnahmen unterbrochen und in einzelnen Fällen eine Ausdehnung der Fiktion des § 389

die Aufrechnung zugelassen, auch wenn zur Zeit des Aufrechnungsvollzugs die Voraussetzungen der Aufrechnung nicht mehr vorhanden waren, falls sie nur früher einmal bestanden hatten; so besonders § 390 Satz 2, ferner § 406. Diesen und ähnlichen bereits im bürgerlichen Rechte begründeten Ausnahmen (z. B. auch § 392 BGB.) reiht sich der aus dem Konkursrechte herzuleitende Rechtssatz an, daß die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Aufrechnungsbefugnis eines Konkursgläubigers nicht durch den teilweisen Untergang der Konkursforderung infolge Zwangsvergleichs berührt wird.

2. Marcus, R. **05** 40: Wenn auch erst die Aufrechnungserklärung das Erlöschen der gegenüberstehenden Forderungen bewirkt, so sind doch die einander gegenübertretenden Forderungen vinkuliert, beeinflussen sich gegenseitig, sobald sie einander gegenübertreten, als fällige. Nur so ist § 390 Satzteil 2 zu verstehen: für die Verjährung entscheidet der Zeitpunkt der Vinkulierung, nicht der der Kompensationserklärung.

§ 390. 1. Schäfer, BayRpflZ. **05** 437 (s. o. § 273 Ziff. 3): Der Satz 1 des § 390 ist an sich gar nicht notwendig, da sich schon aus § 387 ergibt, daß Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden können; er mußte aber als Grundsatz an die Spitze des Paragraphen gestellt werden, um daran die Ausnahmebestimmung des Satzes 2 bezüglich der verjährten Forderungen anknüpfen zu können.

2. Reindl, EisenbE. **21** 318, wendet sich gegen die von Epstein, ebd. 95, vertretene Auffassung, daß die Eisenbahnen nicht mit verjährten Gegenforderungen aufrechnen könnten. Die Gegenforderung darf zu der Zeit, wo sie der anderen Forderung aufrechenbar gegenüberstand, noch nicht verjährt gewesen sein.

3. OLG. Marienwerder, R. **05** 646: Ein Konkursgläubiger, welcher nach Eröffnung des Konkurses Schuldner des Gemeinschuldners geworden ist, kann zwar seine Schuld an den Gemeinschuldner auf seine Konkursforderung aufrechnen. Hat er aber die Aufrechnungserklärung erst nach rechtskräftig bestätigtem Zwangsvergleiche dem früheren Gemeinschuldner zugehen lassen, so ist seine Schuld nur in Höhe des Betrags erloschen, den er nach Maßgabe des Zwangsvergleichs von dem früheren Gemeinschuldner für seine Forderung beanspruchen kann.

4. R. **05** 470 (Colmar): Diese Vorschrift spricht nicht jeder Forderung, welcher der Gegner eine beliebige, gleichviel ob begründete oder unbegründete Einrede entgegensetzt, die Aufrechnungsfähigkeit ab, sondern nur solchen Forderungen, denen begründete ausschließende oder aufschiebende Einreden entgegenstehen. Weißbart, JW. **05** 311: s. BörsG. § 66.

§ 393. *Weyl, Verschuldensbegriffe 270, 408 Anm. 2: Da das Gesetz von einer „vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung" spricht, so ist das Kompensationsverbot des § 393 bei den Delikten der §§ 833 ff. nicht anwendbar.

§ 394. 1. *Gorden, HansGZ. **05** Beibl. 101 (vgl. auch Art. 14 PrAG. BGB. Abs. 3 und Leo, HansGZ **05** Beibl. 113): Die Hamb. DienstbotenO. v. 7. 12. 98 gestattet der Dienstherrschaft, beim Verlassen des Dienstes seitens des Gesindes ohne gesetzmäßige Ursache einen bestimmten Straflohn bei der Lohnzahlung einzubehalten (§ 26 Abs. 1 u. 2). Dieser Abzug stellt sich rechtlich als Kompensation dar. Eine solche Kompensation ist auch durch § 394 BGB. und das Lohnbeschlagnahmegesetz nicht verboten. Denn Art. 95 EG. räumt der Landesgesetzgebung das Recht zur selbständigen Regelung des Dienstvertrags zwischen Herrschaft und Gesinde ein. Dieses Recht findet seine Beschränkung in den im Abs. 2 das. aufgeführten Vorschriften des BGB. und dem Verbote des Abs. 3 das. Alle anderen Vorschriften des BGB. können durch landesgesetzliche Regelung ausgeschlossen werden, also auch die Vorschrift des § 394 BGB., die,

wie Art. 81 EG. §§ 119a, 134 Abs. 2, 134b Nr. 4 u. 5 GewO. ergeben, nicht absolut zwingendes Recht enthält. (S. a. o § 273 Ziff. 7a.)

2. SächsOVG. **4** 245: Ein Vertrag, in welchem der eine Teil im voraus ein für allemal auf die Rechtswohltat im § 394 verzichtet, ist unwirksam.

3. OLG. Stettin PosMschr. **05** 43: Zurückbehaltungsrecht und Aufrechnung (vgl. oben § 273 Ziff. 4bβ). Aus der Bestimmung des § 394 ist die Ausschließung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber den der Pfändung nicht unterliegenden Forderungen nicht herzuleiten. Nach ihrer Entstehung ist die Bestimmung des § 394 eine über das bestehende bürgerliche Recht hinausgehende besondere Bestimmung gewesen. Ein allgemeiner Rechtssatz, daß dem Lohnberechtigten der der Pfändung nicht unterliegende Lohn ohne Rücksicht auf — konnexe — Gegenansprüche seines Schuldners auszuzahlen sei, ist im § 394 nicht aufgestellt.

4. Über Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht vgl. Schäfer, BayRpflZ. **05** 437 ff. (oben § 273 Ziff. 3).

§ 396. BayObLG., SeuffA. **60** 90 ff., 92: Ein Widerspruch gegen die Aufrechnung enthält, wenn dem Widersprechenden mehrere Forderungen gegen den Aufrechnenden zustehen, nicht ohne weiteres den im § 396 zugelassenen Widerspruch gegen die von dem Aufrechnenden getroffene Bestimmung der Forderung, gegen die aufgerechnet werden soll. Der Widerspruch gegen die Wirksamkeit der Aufrechnung ist etwas anderes als die Ausübung des nach § 396 dem Gegner des Aufrechnenden zustehenden Rechtes, der wirksam erklärten Aufrechnung die Richtung auf die nach § 366 Abs: 2 zunächst zu tilgenden Forderungen zu geben. Will der Gegner des Aufrechnenden von diesem Rechte Gebrauch machen, so muß er den Widerspruch gegen die von dem Aufrechnenden getroffene Bestimmung der durch Aufrechnung zu tilgenden Forderungen richten.

Vierter Titel. Erlaß.

§ 397. 1. *Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft (1905): Ist der ausschließliche wirtschaftliche Zweck der Parteien, durch die „Anerkennung" Rechtsgewißheit zu schaffen, so liegt ein kausaler negativer Feststellungsvertrag vor, dessen Wirkungen wohl unter Umständen durch Anfechtung, nicht aber durch eine condictio sine causa (§ 812 Abs. 2 BGB.; vgl. a. a. O. Anm. 245) beseitigt werden können. (Über Feststellungsverträge im allgemeinen s. Pagenstecher u. zu §§ 780 ff. BGB.) Wegen der Wirkungen eines negativen Feststellungsvertrags über obligatorische Rechte vgl. insbes. a. a. O. 105, 108 und Anm. 733.

2. OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 56: Auch nach einem Erlaßvertrage bleibt eine natürliche Verbindlichkeit, eine moralische und Anstandspflicht des Schuldners zur Nachzahlung, wenn er imstande ist, die Mittel hierzu aufzubringen, bestehen. Vgl. die zu §§ 306, 307 ZPO. angeführte Abhandlung von Hegler.

Vierter Abschnitt. Übertragung der Forderung.

Vorbemerkung: Die Abtretbarkeit künftiger Forderungen wird grundsätzlich mit dem RG. (JDR. **2** § 398 Ziff. 2a zu ε) nunmehr so gut wie allgemein bejaht. Lediglich Grenzen der Bestimmbarkeit des in Frage kommenden Anspruchs werden von Fall zu Fall gezogen. Weit nachhaltiger beschäftigt das Problem der fiduziarischen Abtretung nach wie vor Wissenschaft und Praxis (§ 398 Ziff. 3). Einige fundamentale RG.-Urteile (Ziff. 3 unter aδ und zu c) beleuchten scharf das Wesen des Geschäfts, die letztgenannte gleichzeitig unter Abgrenzung gegen die für nichtig zu erklärenden „Winkelgeschäfte". Über die Wirkungen der gültigen fiduziarischen Abtretung (zu b) herrscht Einigkeit. Auch sonst fehlt es nicht an grundsätzlich bedeutsamen Äußerungen allgemeiner Natur über Wesen und Wirkung der Abtretung; immer ist hier auch der § 409 zu beachten. Aus dem übrigen Material ist vor allem hervorzuheben die praktisch so bedeutsame — zu § 399 be-

handelte — Frage der Abtretbarkeit und Pfändbarkeit der Baukredite und Ansprüche aus dergleichen, an internen Bedingungen besonderer Art reichen Verträgen. Wie das einschlägige Material erkennen läßt, sind die Meinungen geteilt. Die § 399 zu 1 b mitgeteilte Rechtsprechung erscheint sehr zutreffend; sie hält offensichtlich die richtige Mitte. Bedeutsame Einzelfragen sind dann noch zu § 401 (selbständige Abtretbarkeit des Anspruchs auf Gewährleistung?), zu § 405 (Ziff. 2) und § 407 (Kenntnis des Schuldners betr. die Abtretung) behandelt.

Literatur: Abraham, Sind Baukredite pfändbar? Holdheims MSchr. **05** 273—277. — Aron, Kann bei der Übertragung der Forderung der neue Gläubiger das Verlangen des Schuldners auf Aushändigung einer Abtretungsurkunde durch Sicherheitsleistung abwenden? BayRpflZ. **05** 276—279. — Bekker, Sprachliches und Sachliches zum BGB., JheringsJ. **49** 5 ff. — Grünebaum, Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen, DJZ. **05** 801—803. — Kuhlenbeck, Fiduziarische Zession, insbesondere zur Umgehung des § 110 ZPO., ein Beitrag zur Lehre vom Scheingeschäfte, der sog. Umgehung des Gesetzes und Treuhänder, SeuffBl. **05** 337—343. — Wienstein, Der Begriff der Inkassozession, DJZ. **05** 833—836.

§ 398. 1. Allgemeines. **a)** Aufhören des Gläubigerrechts. S. JDR. **3** § 398 Ziff. 1 a. Bekker: Der neue Gläubiger tritt in Wahrheit erst dann an die Stelle des bisherigen, wenn zu dem Vertragsschlusse noch die entsprechende Benachrichtigung des Zessus oder ein anderes diesem gleichwirksames Tatbestandsstück hinzukommt. In der Zwischenzeit hat der Zessionar nur Verfügungsgewalt, nicht das Vollrecht selber; das Vollrecht befindet sich im Zustande einer Schwebe (§§ 407, 408). Der alte Gläubiger kann noch Zahlung empfangen, klagen, auch an andere zedieren usw. Aus der Unwahrheit des § 398 folgt auch die des § 413.

b) Wirkung der Abtretung auf den Prozeß. S. JDR. **3** BGB. § 398 Ziff. 1 b, ZPO. § 265 II 1 b, 3. α. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 904 wie **RG. 56** 308 ff. (JDR. **3** a. a. O. — s. jetzt auch SeuffA. **60** 118 ff. —): Der Kläger, der im Laufe des Prozesses seine Forderung abtritt, muß der Abtretungseinrede gegenüber den Antrag in den auf Leistung an den Zessionar abändern. § 265 ZPO. trifft bezüglich der materiellen Wirkung überhaupt keine Anordnung, sondern ermöglicht dem Abtretenden nur die Weiterführung des einmal eingeleiteten Prozesses. β. Negative Feststellungsklagen nach Zession. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 317: Die negative Feststellungsklage gegen den Zedenten hat keine Wirkung gegen den Zessionar, also auch keinen Zweck. Der Zessionar muß dem Schuldner immer beweisen, daß die zedierte Forderung besteht, und wird daran auch durch ein Urteil gegen den Zedenten nicht gehindert. Das gilt auch dann, wenn dem Schuldner die Zession von dem Zedenten und dem Zessionar mitgeteilt ist und der Zessionar in Wahrheit nur Inkassomandatar sein soll. Der Schuldner darf den Zessionar als Gläubiger behandeln und kann ihm nicht entgegensetzen, er sei nur Inkassomandatar (§ 409). Daraus folgt, daß der Zedent dem Schuldner, der gegen den Zessionar ein Urteil, daß die zedierte Forderung nicht besteht, erlangt hat, ohne Arglist nie entgegensetzen kann, der Zessionar sei nur Inkassomandatar gewesen (§ 256 ZPO.).

c) Abtretung einer bestimmten Summe von einer Mehrzahl von Forderungen. **RG.** SeuffA. **60** 191 ff., R. **05** 15 Nr. 22: Ein Vertrag, nach dem von ausstehenden und einzuziehenden Forderungen (Gesellschaftsanteilen, die durch Kaduzierung realisiert werden sollen) ein bestimmter Betrag abgetreten wird, ist dahin auszulegen (§ 157), daß sich die Zessionare an jede der ausstehenden Forderungen und an jede in ihrem ganzen Betrage halten können, jedoch zusammen nicht mehr als den bestimmten Betrag einziehen dürfen, — ähnlich, wie wenn körperliche Sachen zu Zwecken der Sicherung und Be-

friedigung bis zu einer bestimmten Höhe übertragen worden wären, bei denen den Empfängern nicht ein Teileigentum, sondern das volle Eigentum an allen übergebenen Sachen übertragen sein würde, mit der Resolutivbedingung des Eigentumsrückfalls bezüglich derjenigen Sachen, die zur Befriedigung der Gläubiger nicht nötig sein würden.

d) BayObLG., R. 05 528 Nr. 2077: Die schenkungsweise Abtretung einer Forderung bedarf zu ihrer Gültigkeit keiner bestimmten Form, da sie schon die Vollziehung der Schenkung ist.

e) *Reichel, Umschr. d. Vorm. 6 ff.: Grundbuchmäßige Behandlung zedierter Ansprüche, wenn der Anspruch vorgemerkt und die Zession buchkundig.

2. Abtretung künftiger Forderungen. S. JDR. 1 §§ 398, 399 Ziff. 3, 2 § 398 Ziff. 2, 3 § 398 Ziff. 2. a) Literatur. α. Fischer, BayRpflZ. 05 152 ff.: Zur Abtretung zukünftiger Forderungen ist zu verlangen, daß die Person des debitor cessus wenigstens halbwegs bekannt, die Forderung aber zur Zeit der Abtretung wenn auch nicht bestimmt, so doch bestimmbar ist. — Der Verf. wendet sich daher gegen eine landgerichtliche Entscheidung, die in dem auf eine Mahnung des Verpächters hin ergangenen Versprechen des Pächters „Warten's nur noch Samstag und Sonntag, was ich einnehmen tue, kriegen's dann" eine dinglich wirkende Abtretung erblickt hatte. β. *Grünebaum, für die Abtretbarkeit (und Pfändbarkeit) künftiger Forderungen unter entsprechender Anwendung der §§ 401 ff., insbs. 406, wobei für das Verhältnis zwischen Schuldner und Drittgläubiger maßgebend ist der Zeitpunkt des wirklichen Entstehens der Forderung. b) Rechtsprechung. OLG. 11 358 (Hamburg): Ein Gemeinschuldner hatte jemandem für ein Darlehn die Forderung übertragen, die er aus dem künftigen Verkaufe seines Grundstücks erzielen werde. Der Verwalter hat das Grundstück verkauft. Dem Zessionar ward ein Absonderungsrecht — wegen der aus dem Grunde der völligen Ungewißheit der Person des Käufers sich ergebenden Unmöglichkeit der Anzeige nach § 1280 — sowie ein Aussonderungsrecht abgesprochen. Die Mindestvoraussetzung für die Abtretung künftiger Forderungen ist doch, daß die abgetretene Forderung wirklich entsteht. Eine Kaufgelderforderung des Zedenten konnte nur zustande kommen, wenn er das Grundstück verkauft. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß die Abtretung einer künftigen Forderung schlechthin auch dann wirksam wird, wenn ein Rechtsnachfolger — jedenfalls ein Sondernachfolger — des Zedenten eine der abgetretenen entsprechende Forderung zur Entstehung bringt, wenn z. B. der Zedent einer künftigen Kaufpreisforderung den Gegenstand des eventuellen Verkaufs verschenkt oder vermacht und später der Beschenkte oder Vermächtnisnehmer durch Verkauf der Sache eine Kaufpreisforderung erwirbt. — OLG. 11 308, HansGZ. 05 Beibl. 168 (Hamburg) folgt dem RG. 55 334 wenigstens insoweit, als die Abtretung der aus Vermietung eines bestimmten Hauses erwachsenden Mietforderungen in völlig ausreichendem Maße konkret gemacht erscheint. Es stehen hier mit Sicherheit zu erwartende Erträge eines bestimmten Grundeigentums in Frage, bei denen die Person des jeweiligen Mietschuldners nur eine untergeordnete Rolle spielt und die an Höhe im ganzen festzustehen pflegt. — Allgemein bejahend OLG. Braunschweig, DJZ. 05 1016.

3. Fiduziarische Abtretung. Vgl. JDR. 1 §§ 398, 399 Ziff. 6, 2 § 117 Ziff. 2, § 398 Ziff. 3, 3 § 117 Ziff. 1, § 398 Ziff. 3. a) Begriff. Allgemeines. α. *Wienstein, Der Fall der Inkassozession bietet ein besonders schwieriges Gebiet bei der Durchführung der herrschenden Lehre, daß die Rechtsabtretung ein abstraktes Rechtsgeschäft sei. Nicht nur im Konkurse bewähren sich, wie richtig gesagt worden ist, die Rechtsverhältnisse, sondern auch im Zivilprozeß wird der Rechtsauslegung ein Spiegel vorgehalten, wenn zu

entscheiden ist: wer ist Partei? wer ist Zeuge? Der Inkasso-Zessionar stützt sich, wenn auf das Grundgeschäft gesehen wird, auf Vollmacht und Auftrag. Trotzdem ist er nach dem jetzigen Stande der Lehre zweifellos Partei. Aus dieser Auffassung ergibt sich aber, wie aus den Reichsgerichts-Urteilen nachgewiesen wird, die Notwendigkeit, dem Grundgeschäft nach Möglichkeit auf Umwegen wieder Geltung zu verschaffen. — Mit der Bemerkung von Landsberg (DJZ. 05 922, s. a. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 1 b), daß das Gesetz das menschlich und im täglichen Rechtsverkehr mögliche Maß der abstrakten Willensrichtung vorausgesetzt habe, ist hier, wo es sich um wissenschaftliche Begriffe handelt, welche schwerlich durch den Wortlaut des BGB. endgültig klargestellt werden konnten, nicht geholfen. (Vgl. Bekker, JheringsJ. 49 13, 58.) β. Kuhlenbeck: Der Beweis der Simulation hat nur selten Aussicht auf Erfolg. Um so wichtiger ist es für den Praktiker, den begrifflich zwar scharfen, tatsächlich aber oft schwierig festzustellenden Unterschied zwischen Simulation und fiducia nicht aus dem Auge zu lassen. — Das Geständnis, es handle sich um eine bloß fiduz. Zession, macht die Aktivlegitimation nicht hinfällig. — K. untersucht den Fall, daß ein Ausländer seinem in Deutschland wohnenden Geschäftsfreunde eine Forderung gegen den ebenfalls in D. wohnenden Schuldner C. lediglich zum Zwecke der Einklagung und in der Absicht, der Einrede der mangelnden Sicherheit wegen der Prozeßkosten vorzubeugen, abgetreten hat. — Gesetzesumgehung liegt nicht vor; auch § 138 BGB. nicht. Zu scheiden ist: die Rechtswirkung des Geschäfts nach außen, dritten Personen gegenüber — ferner: das zwischen dem Fiduziar und Fiduzianten bestehende pactum fiduciae. Nach außen ist die Zession vollwirksam. Dagegen hat der Zedent gegenüber dem Fiduziar eine Klage auf Schadensersatz aus dem pactum fiduciae. γ. Hallbauer, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere in der Sicherheitsübereignung, R. 05 632 ff., 661 ff., s. unten zu §§ 929 ff. δ. Über fiduziarische Geschäfte im allgemeinen s. a. RG. GruchotsBeitr. 49 345 ff. ε. RG. JW. 05 718 Nr. 8: Ein Auftrag, die Forderung des Auftraggebers im eigenen Namen zur Leistung an den Auftraggeber einzuklagen, reicht grundsätzlich allein nicht aus, eine Berechtigung des Beauftragten zur Klage im eigenen Namen zu begründen. Anderseits gestattet das BGB. mit Wirkung gegen den Schuldner nicht eine Spaltung der Forderung in der Weise, daß zwar die Forderung materiell und formell auf den Zessionar übergehe, der Zedent aber aus eigenem Rechte zu deren Einklagung berechtigt bleibe. Um wenigstens ähnliche rechtliche Erfolge zu erreichen, kämen rechtsgeschäftliche Vereinbarungen anderen Inhalts in Frage, bei der Übertragung etwa die Vereinbarung entsprechender Befristung oder Bedingung, nach der Übertragung etwa die Vereinbarung einer Inkassozession. (Das Urteil des OLG. Karlsruhe, das die Aktivlegitimation des Zedenten bejahte, wurde aufgehoben.) ζ. RG. 59 191, JW. 05 43 Ziff. 5: Die Zession zur Sicherheit enthält begrifflich einen Auftrag und begründet ein Treuverhältnis zwischen dem Zedenten und dem Zessionar. (S. im übrigen u. zu § 662.) **b)** Wirkungen. S. insbs. JDR. 2 Ziff. 3c. — α. RG. GruchotsBeitr. 49 900 ff.: Durch die fiduziarische Zession erhält der Erwerber Dritten, namentlich dem Schuldner gegenüber, die Stellung des Gläubigers, im Verhältnisse zwischen Zedenten und Zessionar verbleibt aber der Zedent Gläubiger. Damit ist das Vorliegen einer Zuwendung zugunsten des Zessionars ausgeschlossen, so daß auch von einer unentgeltlichen Verfügung nicht die Rede sein kann. Im Falle einer gültigen fiduziarischen Forderungsübereignung muß der Gläubiger des Übereignenden, der Rechte gegenüber solchen Geschäften geltend machen will, sich die dem Schuldner gegen den Fiduziar zustehenden Ansprüche im Wege der Zwangsvollstreckung nach stattgehabter Pfändung überweisen lassen. β. KG., KGBl. 05

81: Der Inkassozedent kann nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inkassozessionars aus dessen Konkursmasse bzw. von dem Konkursverwalter die Rückübertragung desjenigen, was zum Inkasso zediert ist, verlangen. Der Inkassozessionar ist in Wirklichkeit bloß Mandatar des Inkassozedenten; diesem steht das Aussonderungsrecht gegenüber der Konkursmasse zu, weil die zum Inkasso übertragenen Forderungen gar nicht in das Vermögen des Gemeinschuldners übergehen und deshalb auch nicht zu seiner Konkursmasse gehören (§ 43 KO.). **c**) Winkelgeschäft. (S. Verhältnis zum Scheingeschäfte, IDR. **2** Ziff. 3 b u. **3** Ziff. 3 b.) **RG.** GruchotsBeitr. **49** 345 ff., insbes. 350 ff.: Möglichkeit der Anfechtung nach dem RAnfG. (s. a. a. O. 351/2). Wo das fiduziarische Geschäft dem Empfänger des Vermögensgegenstandes diesen nicht wirtschaftlich zuwendet, sondern seine Person lediglich nach außen hin unerkennbar als Zwischenperson zwischen die Gläubiger und den Schuldner und andererseits zwischen diesen als Auftraggeber und seine Schuldner schiebt, um das Vermögen des Auftraggebers vor seinen Gläubigern zu verschleiern, wird es zum Versteckensspiel. Einem solchen Winkelgeschäfte muß der rechtliche Schutz überhaupt versagt werden (§ 138). (S. auch § 826.) S. auch KG., KGBl. **05** 80/1, über den Inhalt eines fiduziarischen Kaufvertrags; **RG.** SchlHolstAnz. **05** 145 ff. **d**) Der Zedent als Zeuge. (Vgl. insbes. IDR. **2** § 398 Ziff. 3 d.) α. LG. Bromberg, PosMschr. **05** 83: Die Abtretung zu dem Zwecke, um die Vernehmung des Zedenten als Zeugen in dem zur Verfolgung seiner Schadensersatzansprüche anzustellenden Prozesse zu ermöglichen, ist nach § 138 nichtig; eine Übertragung des Gläubigerrechts ist nicht bewirkt. β. Wie KG. — IDR. **2** § 398 Ziff. 3 d β — auch OLG. Dresden, SächsA. **15** 98.

§ 399. 1. Anspruch auf Auszahlung von Baugeldern. S. IDR. **1** § 399 Ziff. 8 Abs. 2, **3** Ziff. 1.

a) Die Abtretbarkeit verneinen: α. Dechamps, DJZ. **05** 903/4, verneint mit den OLG. Breslau (R. **03** 404) und München (R. **01** 234) gegen das OLG. Köln (RheinNotZ. **02** 108) die Pfändbarkeit der Bauvorschüsse. Das OLG. Köln verkennt die rechtliche Bedeutung des Bauvorschußvertrags als pactum de mutuo dando. Der Anspruch auf Abschluß eines derartigen Vertrags ist der Pfändung nicht unterworfen. Auch würde der wirtschaftliche Zweck des Vertrags vereitelt werden, ohne daß der Pfandgläubiger befriedigt wird. β. LG. Berlin I, KGBl. **05** 63: Aus Erwägungen allgemeiner Natur müssen zu den im § 399 vorgesehenen unübertragbaren Rechten in der Regel die Ansprüche aus den Vorverträgen gezählt werden, weil der mit dem Zessionar abzuschließende Vertrag in vielen Fällen etwas anderes sein würde, als wozu der andere Teil verpflichtet ist. Insbesondere können demnach die Ansprüche aus einem pactum de mutuo dando nicht als übertragbar gelten, weil die Pflicht zur Geldzahlung sich von der Pflicht zur Hergabe des Geldes „als Darlehn" nicht trennen läßt. Es kann dem Darlehnsgläubiger nicht zugemutet werden, mit Rücksicht auf die besondere persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, nunmehr einen anderen Darlehnsschuldner anzunehmen. (In dem betr. Falle war auch noch der Empfang des Darlehns an die Verpflichtung geknüpft, das Geld in einer dem Vertrag entsprechenden, auf die Sicherung des Gläubigers abzielenden Weise zu verwenden.) Dem Verlangen auf Auszahlung der fälligen Darlehnsrate würde der Darlehnsgeber jederzeit mit dem Einwande begegnen können, daß der Nehmer außerstande sei, das beanspruchte Darlehn zur Fortführung des Baues zu verwenden, da Bauherr der Schuldner bliebe. γ. OLG. Dresden, SächsA. **15** 728/9: Unpfändbarkeit der Forderung auf Gewährung eines versprochenen Darlehns.

b) Die Abtretbarkeit bejahen: α. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 281,

Puchelts Z. 05 664 ff., R. 05 679 Nr. 2811: Abtretung einer Forderung aus einem Werkvertrag ist selbst dann zulässig, wenn der Zedent noch nicht oder nicht vollständig geleistet hat. Doch darf der Zweck, welchen vereinbarte Vorschüsse verabredungsgemäß haben sollen, durch Verfügungen des Berechtigten nicht vereitelt werden. Der Schuldner bleibt ohne Rücksicht auf das Interesse des Zessionars berechtigt, Zahlungen, die zur Fortsetzung des Unternehmens nötig sind, an den Zedenten zu machen und auf den Werkschilling zu verrechnen. Die Forderung kann nur so abgetreten werden, wie sie durch die Abrede hinsichtlich der Lohnvorschüsse modifiziert wird. s. S. ferner RG. BayRpflZ. 05 511: Nach Inhalt des Baugeldervertrags bleiben aber für die Gewährungen der einzelnen Raten die Anweisungen des Bestellers maßgebend. In gleichem Sinne OLG. München, BayRpflZ. 05 205/6: Die nachträgliche Vollendung des Baues macht den Anspruch auf die rechtlichen — dann z. Z. der Pfändung nicht fällig gewesenen — Darlehnsbeträge nicht fällig.

c) Mittelmeinung. *Abraham: Der Anspruch auf Auszahlung der Darlehnssumme kann an und für sich auf einen Dritten übertragen werden. Die Leistung selbst verändert ihren Inhalt dadurch nicht. Die Übertragbarkeit des Darlehnsanspruchs kann allerdings beschränkt sein, wenn das Darlehn vertragsmäßig einem bestimmten Zwecke gewidmet ist. Das ist beim Baugelderdarlehn der Fall. Das Baugeld soll lediglich der Förderung eines Baues dienen. Es wird entweder für die Zwecke des Weiterbauens verwendet, oder es dient zur Befriedigung von Baugläubigern — Lieferanten, Handwerkern, — die vor Auszahlung des Baugeldes dem Unternehmer Kredit gewährt haben. Der Empfänger des Baugeldes ist obligatorisch dem Darlehnsgeber gegenüber verpflichtet, das Baugeld nur dem vereinbarten Zwecke, der Förderung des Baues, zuzuwenden. Der Baugeldempfänger kann daher, soweit eine Zession nicht vertragsmäßig ausgeschlossen ist, zwar den Anspruch auf die Darlehnssumme an einen der Baugläubiger in dem Umfang abtreten, wie diesem Befriedigung gebührt. Er darf den Anspruch aber nicht an einen am Baue völlig unbeteiligten Dritten abtreten. Dadurch wird die Zweckbestimmung der Baugelder vereitelt. Der Baugeldempfänger verletzt seine Vertragspflicht. Also kann auch der Geldgeber seine Leistung verweigern. Er hat gegenüber dem Anspruch auf Zahlung eine Einrede: die Abtretung an einen unbeteiligten Dritten ist eine positive Vertragsverletzung, die u. U. auch die weitergehenden Rechtsfolgen des § 326 nach sich ziehen könnte. Dasselbe gilt im Falle der Pfändung. Diese ist an sich zulässig. Der Kapitalgeber kann jedoch in den Fällen die Leistung verweigern, wo durch die Pfändung die vertragsmäßige Zweckbestimmung des Baugeldes vereitelt wird, insbesondere also, wenn ein unbeteiligter Dritter sich die Forderung auf Auszahlung des Baugeldes überweisen läßt. Ob der Baugeldgeber die Leistung weigern will, steht in seinem Belieben. Dagegen kann der Baugeldempfänger in keiner Weise der Pfändung widersprechen (§ 851 ZPO.).

d) Über die Abtretbarkeit der Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen s. JDR. 3 Ziff. 4 zu § 399.

2. Abtretung gegen §§ 34, 38 GewO. RG. HansGZ. 04 Beibl. 273 — s. JDR. 3 § 399 Ziff. 7a — s. auch RG. 58 71 ff. und SeuffA. 60 415 ff.

3. Abtretung der Bürgschaft ohne Hauptforderung. LG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 30/1: Unter Änderung des Inhalts der Leistung begreift das BGB. nicht den Gläubigerwechsel an sich, sondern erst eine Änderung des Leistungsinhalts, welche, abgesehen von der Person, an welche geleistet wird, stattfindet. Bei der Bürgschaft ist dies nicht der Fall. Die akzessorische Natur des Rechtsverhältnisses macht eine Übertragung der aus ihm entstandenen Forderung nicht unmöglich. Auch die Bestimmungen über Gesamtschuldverhältnisse, auch die des

§ 401 stehen nicht entgegen. S. auch unten zu § 765 Ziff. 3 b. — Über die Übertragbarkeit des Anspruchs auf Gewährleistung zusammen mit der Forderung, auf die er sich bezieht, nach bayerischem Rechte, s. BayObLG. **6** 50/1.

§ 401. 1. Anspruch auf Gewährleistung. **a)** **RG.** SeuffA. **60** 313/4, GruchotsBeitr. **49** 906 ff., BayRpflZ. **1** 262/3: Es geht zwar mit der Abtretung einer Forderung das Gläubigerrecht des Abtretenden unter, aber nicht zugleich auch der ihm aus dem Vertrage mit seinem Zedenten erwachsene Anspruch auf Gewährleistung. Dieser hat selbständige Bedeutung; denn wenn der zweite Zedent auf Grund des Mangels, dessen Abwesenheit ihm gewährleistet worden war, von seinem Zessionar mit Erfolg in Anspruch genommen worden ist, kann er auf jenen Vertragsanspruch zurückgreifen, um sich an seinem Zedenten zu erholen. Er darf demnach seinen Anspruch, auch nachdem der Schaden in der Person seines Zessionars entstanden ist, auf diesen übertragen und ihn so in den Stand setzen, direkt gegen den ersten Zedenten vorzugehen (**RG. 39** 250). **b)** In gleichem Sinne BayObLG., SeuffBl. **05** 679 ff., R. **05** 133 Nr. 562, in einem Falle nach früherem bayerischen Rechte, wo noch hervorgehoben wird: der Anspruch auf Gewährleistung kann abgetreten werden. Der bisherige Gläubiger wird auch in der Regel kein Interesse daran haben, daß er nicht übertragen wird; hat er eins, so kann er durch Vereinbarung mit dem neuen Gläubiger die Übertragung ausschließen. **c)** **RG. 60** 369 ff., JW. **05** 338 Nr. 7, R. **05** 311 Nr. 1437: Die Anwendbarkeit des § 401 beschränkt sich zwar nicht auf die daselbst ausdrücklich bezeichneten Nebenrechte des abgetretenen Rechtes. Aber auch bei ausdehnender Auslegung kann eine Gewährleistungspflicht für die Sicherheit der Forderung (§§ 438, 365) nicht als ein der Forderung selbst anhaftendes und mit dieser übergehendes Nebenrecht angesehen werden; sie wird kein Zubehör der Forderung, das als ihr anhaftend zugleich mit der dinglichen Abtretung auf den neuen Erwerber übergeht.

2. *Reichel, Umschr. d. Vormerkung 22: Die Vormerkung kann nicht ohne den Anspruch übertragen werden, für den sie besteht.

3. Über die Frage, ob bei einer Gesamtschuld die übrigen Gesamtforderungen erlöschen, wenn nur eine von ihnen abgetreten wird, s. **RG.** JW. **05** 428 Nr. 6, SächsA. **15** 490 ff., R. **05** 617 Nr. 2536, unten zu § 425 Ziff. 2.

§ 405. 1. *Reichel, Umschr. d. Vorm. 9: Der Einwand aus §§ 117, 399 wird durch das Bestehen einer Vormerkung nicht ausgeschlossen.

2. **RG. 60** 21 ff., JW. **05** 137 Nr. 13, R. **05** 193 Nr. 831: In dem Schuldscheine hatte der Aussteller bekannt, von dem Zedenten ein Darlehen erhalten zu haben, und sich zur Verzinsung und Rückgabe in näher angegebener Weise verpflichtet. In Wahrheit hatte er sich nur verpflichtet, dem Zedenten leihweise Barmittel zu verschaffen; in Erfüllung dieser Verbindlichkeit stellte sie ihm jedoch den Schuldschein aus und ermächtigte ihn zu dessen Veräußerung durch Abtretung der Forderung an einen Dritten. Indem der Zedent die Zahlung des Zessionars entgegennahm, bekam er sie als das von dem Aussteller (dem Zessus) versprochene Darlehen, und dieser wurde wieder Darlehnsschuldner des Erwerbers (Zessionars). Hier liegt nirgendwo eine Willenserklärung vor, die nicht ernstlich gemeint ist. Nur der Inhalt des Schuldscheins hat eine absichtlich unwahre Angabe enthalten, und diese Unwahrheit hat lediglich den Zweck verfolgt, die Anschaffung des baren Geldes für den Zedenten zu erleichtern, nicht aber die Verbindlichkeit des Ausstellers gegenüber dem dritten Erwerber auszuschließen. Der Fall liegt sachlich nicht anders, als wenn der Aussteller an den Zedenten einen Schuldschein gegeben hätte, worin der Platz für den Namen des Darlehnsgebers offengelassen war, mit der Ermächtigung für den Inhaber, den Namen dessen, der das Darlehen hergeben würde,

einzufügen. Was der Erwerber an den Inhaber zahlte, ist nach dem Willen des Ausstellers die Valuta gewesen, zu deren Zahlung er sich in dem Scheine verpflichtet hatte. Irgendwelche Einreden (noch nicht erfolgter Zahlung des Darlehens, der Aufrechnung oder Zurückbehaltung) stehen dem Aussteller nicht zu. ➛ Der Fall kommt auch der Anweisung (§ 783) nahe. Der Aussteller des Schuldscheins hätte ebensogut erklären können, er ermächtige den Inhaber der Urkunde, den betr. Betrag von N. N. zu erheben. Es ist nicht deutlich, ob das RG. in der vorstehenden Entscheidung in dem gesperrt gedruckten Satze noch einen anderen Fall annimmt, und welchen. — Ob weiterhin auch noch ein selbständiges Schuldanerkenntnis (§ 781) des Zedenten vorliegt, der bekennt, von dem Aussteller ein Darlehen erhalten zu haben, ist fraglich. Red. ⟵

§ 407. 1. Von der „Kenntnis“ des Schuldners.

a) Allgemeines. **RG.** JW. **05** 641/2 Nr. 8 — im Gegensatze zu OLG. Dresden — s. zu § 407 JDR. **1** Ziff. 3 Abs. 2, **2** Ziff. 2: Es genügt zur Anwendung des Abs. 1 nicht, daß der Schuldner nur mit der Möglichkeit, daß die Forderung an einen neuen Gläubiger abgetreten sei, rechnen muß, daß er Zweifel darüber hegt, ob sie noch dem bisherigen oder einem neuen Gläubiger zustehe. Allerdings kommt es auf die Quelle, aus der der Schuldner seine Kenntnis der erfolgten Abtretung schöpft, nicht an. Der Unterschied im § 409 zwischen einer Anzeige, die der bisherige Gläubiger, und zwischen einer solchen, die der neue Gläubiger dem Schuldner von der Abtretung macht, entspricht im wesentlichen gerade auch dem Unterschiede der §§ 414—416 ALR. I. 11, insofern beide Gesetze der Anzeige des bisherigen Gläubigers unbedingte, der des neuen aber nur dann Wirksamkeit gegenüber dem Schuldner beilegen, wenn sie unter Vorlegung der Abtretungsurkunde oder durch deren Vorlegung erfolgt. Die bloße Behauptung des Zessionars, daß ihm die Forderung notariell abgetreten sei, begründet, selbst in Verbindung mit der Angabe, daß die Schuldurkunde sich in seinen Händen befinde, auch abgesehen von der Verpflichtung zur Zahlung, nicht einmal eine Pflicht des Schuldners, zur Wahrung der etwa bestehenden Rechte des Gläubigers sonst irgend etwas zu tun oder zu unterlassen, wozu er nicht schon durch das Schuldverhältnis verbunden ist, solange er keine sichere Kenntnis von der geschehenen Abtretung erlangt hatte. Es wäre eine Verschlechterung der Rechtslage des Schuldners, wenn er durch unbescheinigte Behauptungen einer Person, welche die Forderung durch Abtretung an den bisherigen Gläubiger erworben zu haben angibt, verpflichtet werden könnte, eine Aufklärung des Sachverhalts vorzunehmen oder den angeblichen neuen Gläubiger zur Führung seines Ausweises über den wirklichen Erwerb der Forderung aufzufordern oder anzuhalten. Vielmehr ist es lediglich Sache des neuen Gläubigers, seinerseits dem Schuldner den Nachweis des Erwerbes der Forderung zu leisten, und bis dahin ist dieser, wenn ihm nicht etwa auf anderem Wege sichere Kenntnis von der Tatsache der Abtretung geworden ist, grundsätzlich nach wie vor befugt, an den bisherigen Gläubiger zu leisten.

b) Verhältnis zu § 130 BGB. *Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung 117 (s. o. § 130 zu I 3): Nach dem Wortlaute des Gesetzes steht der Kenntnis des Schuldners nicht gleich eine ihm zugegangene, aber nicht zu seiner Kenntnis gelangte Mitteilung. Dieses Ergebnis ist aber praktisch unerträglich, und die durch § 130 bestimmte entscheidende Bedeutung des Zugehens bedeutet die zuungunsten des Empfängers Platz greifende Gleichstellung einer solchen Mitteilung mit einer zu seiner Kenntnis gelangten, die auch hier anzunehmen ist.

c) Kenntnis von dem gesetzlichen Übergange. α. **RG. 60** 200 bis 207, R. **05** 164 Nr. 684: Über die §§ 407, 412 in ihrer Bedeutung für den

Übergang der Forderung des Beschädigten auf die Berufsgenossenschaft (Unfallversicherungsrecht). Im Verhältnisse des Dritten, des Schuldners, kommen die §§ 407, 412 zur Anwendung; der Schuldner, der ohne Kenntnis von der Versicherung und der durch sie bedingten Rechtsübertragung in gutem Glauben an den Verletzten oder den ursprünglichen Gläubiger zahlt oder mit ihm einen Vergleich schließt, ist davor sicher, noch einmal zahlen zu müssen. Wer aber von dem den Forderungsübergang begründenden Tatbestande Kenntnis hatte, wird durch seine Zahlung usw. nicht befreit. — S. auch ebenda 214. β. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 241 ff.: Kenntnis der „Abtretung" im Falle des gesetzlichen Überganges des Entschädigungsanspruchs auf die Berufsgenossenschaft ist anzunehmen, wenn der Beschädigte die Voraussetzungen des gesetzlichen Forderungsüberganges kennt, also weiß, daß aus dem Unfalle die Entschädigungspflicht einer Berufsgenossenschaft entspringt.

2. Verhältnis zum Pfändungspfandrechte. OLG. **11** 185 ff. (Hamburg): Der § 407 findet auf das Pfändungspfandrecht und das damit verbundene Veräußerungsverbot keine Anwendung. Schon der an die Stelle des ursprünglich (I. Entw.) gewählten Ausdrucks „Übertragung" getretene Ausdruck „Abtretung" (Prot. 749 ff., 791, 2521) schließt die Anwendung auf die gerichtliche Überweisung aus. Dasselbe ergibt sich aus der Fassung der §§ 1274, 1275. Endlich auch daraus, daß der § 412 den § 407 auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes ausdrücklich für entsprechend anwendbar erklärt, während gleiches für die Übertragung durch ein Gericht nicht bestimmt ist. Allein maßgebend ist also die Zustellung des Überweisungsbeschlusses.

§ 409. 1. Formelle Legitimation. **a)** OLG. Cöln, PucheltsZ. **05** 278 ff. — s. bereits JDR. **3** zu § 409 Ziff. 2a. **b)** OLG. Posen, Pos. MSchr. **05** 147: Der Schuldner ist an sich berechtigt, die Legitimation des Zessionars zu bestreiten. Diese ist gegeben, wenn nach dem Willen der Kontrahenten der Empfänger der Abtretungserklärung dem debitor cessus gegenüber als berechtigter Gläubiger gelten, das Gläubigerrecht gleichwohl aber beim Zedenten bleiben soll; nur ein besonderes Interesse berechtigt den Schuldner, die Scheinnatur der Abtretung zu rügen (OLG. **9** 212, RG. **53** 416).

2. RG. GruchotsBeitr. **49** 97 ff., insbesondere 102, s. bereits JDR. **3** zu §§ 409 Ziff. 5, 1280 Ziff. 2.

§ 410. 1. *Aron: Der Schuldner übt, wenn er im Rechtsstreite das Verlangen einer Abtretungsurkunde stellt, nicht ein ihm zustehendes Zurückbehaltungsrecht aus, welches er durch Sicherheitsleistung abwenden könnte, sondern er hat nur eine verzögerliche Einrede, wodurch er die Einschränkung seiner Leistungspflicht geltend machen muß. Unterläßt er das Vorbringen dieser Einrede, so ist er damit im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgeschlossen.

2. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 133 ff., R. **05** 563 Nr. 2263: Die §§ 410 BGB., 94 ZPO. finden auch auf den Rechtsnachfolger des debitor cessus, der durch die Abtretung Nachteil erleidet (Ersteigerer eines Grundstücks, welcher Mieten eingezogen hat, gegenüber dem, welchem sie abgetreten sind) Anwendung.

§ 412. OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 119 ff.: Die im § 151 LwUVG. vorgesehene Übertragung des Entschädigungsanspruchs des Verletzten auf die Berufsgenossenschaft ist eine Übertragung im Sinne des § 412. Es greift insbesondere der § 407 Platz.

Fünfter Abschnitt. Schuldübernahme.

Vorbemerkung: Ob die kumulative Schuldübernahme Schriftform erfordert oder nicht, wird nach wie vor verschieden beantwortet. Das RG. (Ziff. 1 c α bei § 414) bleibt

dabei, daß der Regel nach und im Zweifel die kumulative Schuldübernahme nichts anderes sei als eine Bürgschaft. Interessant und praktisch bedeutsam sind die Ausführungen von Martinius (Ziff. 1a zu § 414) über die eng mit der Formfrage verbundene Regelung der Beweislast. Hervorhebenswert aus dem übrigen Material ist noch die Entscheidung des OLG. Bamberg, die den wichtigen, aber selten erörterten § 419 einmal etwas näher beleuchtet. Zu § 416 Ziff. 3a (Übernahme bestehen bleibender Hypotheken) sind einige ältere Bemerkungen Linckelmanns auf Grund eines Selbstberichts nachgetragen worden.

Literatur: Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme, Gruchots Beitr. **49** 181—218. — Silbermann, Ist zur Gültigkeit der sog. kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich? SeuffBl. **05** 157—160.

§ 414. 1. Kumulative Schuldübernahme. S. JDR. **1** § 414 Ziff. 4b, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 2.

a) *Martinius: Für die kumulative Schuldübernahme ist so wenig wie für die privative (§ 414) Schriftform vorgeschrieben. Trotz der Ähnlichkeit der Wirkungen mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft genügt Mündlichkeit der Erklärung des Schuldübernehmers wie der Annahmeerklärung des Gläubigers. Die kumulative Schuldübernahme hat die nachträgliche Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses hinsichtlich einer schon bestehenden Schuld zum Gegenstande (§ 421). Der Unterschied von der selbstschuldnerischen Bürgschaft zeigt sich namentlich im Punkte der Verjährung. Der selbstschuldnerische Bürge hat die Einrede der Verjährung, wenn die Hauptforderung verjährt ist. Die Forderung gegen den kumulativen Schuldübernehmer verjährt selbständig. Letzterer hat die Einrede der Verjährung nicht, wenn die Forderung gegen den ursprünglichen Schuldner verjährte (§ 425). § 780 ist nicht anwendbar. Die kumulative Schuldübernahme bringt kein selbständiges Schuldversprechen. Sie ist so wenig wie die privative ein dinglicher oder abstrakter Vertrag (trotz Mot. II 143). Der Gläubiger wird zu einer Gegenleistung (Befreiung des Urschuldners Zug um Zug mit der Erfüllung des Schuldübernehmers) verpflichtet. Von dem Zwecke, welchen Schuldübernehmer mit der Übernahme verfolgt, wird also keineswegs abstrahiert. Wird die kumulative Schuldübernahme einseitig (ohne Annahme) in besonderer Urkunde schriftlich erklärt (nicht brieflich auf briefliche Anfrage), so tritt die Absicht der Verselbständigung des Schuldversprechens des Schuldübernehmers trotz der Zweckangabe in der Urkunde genügend klar zutage. Die Schriftform ersetzt die römische Stipulation da, wo Schriftform an sich nicht erforderlich ist. § 780 wird anwendbar. Folge: Gläubiger ist von Behauptung und Beweis der Entstehung der Urschuld befreit. Der Schuldübernehmer muß einredeweise Nichtentstehen der Urschuld behaupten und beweisen (Bereicherungseinrede; vgl. die Behandlung der adpromissio im römischen Rechte). Sonst muß Gläubiger (wie beim constitutum debiti alieni nach römischem Rechte) die Entstehung der Urschuld beweisen, wenn Schuldübernehmer diese leugnet. ⇛ Fraglich kann nur sein, ob die Entstehung der Urschuld vom Gläubiger behufs Klagebegründung zu behaupten ist, wenn aus mündlicher kumulativer Schuldübernahme geklagt wird. Mit Rücksicht auf die Behandlung, welche der gegenseitige Vertrag im BGB. erfahren hat, ist anzunehmen, daß der Gläubiger erst alsdann die Entstehung der Urschuld zu behaupten und zu beweisen hat, wenn Schuldübernehmer Nichtentstehen der Urschuld einwendet. Es ist alsdann auf § 306 (nicht § 322) zurückzugehen (Vertrag über eine unmögliche Leistung, die Gegenleistung nämlich). Nun haben wir keine gesetzliche Vermutung für die Möglichkeit der Gegenleistung oder für die Entstehung der Urschuld. Deshalb muß nach allgemeinen Beweislastregeln nicht der Schuldübernehmer die Negative, das Nichtentstehen der Urschuld, zur Widerlegung einer gesetzlichen Vermutung für die Positive beweisen, sondern der Gläubiger die

Positive, die Entstehung der Urschuld, die positiven Tatsachen, auf Grund deren die Entstehung möglich war. ←

b) *Silbermann: Im Zweifel liegt Bürgschaft, nicht kumulative Schuldübernahme vor; letztere ist der Formvorschrift des § 766 BGB. nicht unterworfen.

c) Aus der Rechtsprechung. α. **RG. 59** 232 ff., JW. **05** 45 Nr. 11, R. **05** 106 Nr. 400, in Übereinstimmung mit OLG. Hamm (s. auch **RG. 60** 263): Solange weiter nichts vorliegt, als ein Versprechen, für die Verbindlichkeit eines anderen einzustehen, sie zu begleichen, ist nicht der mindeste Grund gegeben, hierin eine Schuldübernahme im Sinne des § 414 zu erblicken, zu deren Wesen es gehört, daß der Gläubiger dagegen zugleich seinen Anspruch gegen den bisherigen Schuldner aufgebe. Ein Versprechen der bezeichneten Art kann schon den gebrauchten Worten nach kaum etwas anderes sein, als eine Bürgschaft im Sinne des § 765. Die in dem Urteile **RG. 51** 121 ff., JW. **02** Beil. 221 — s. JDR. **1** § 414 Ziff. 4 zu b — offen gelassene Frage, ob überhaupt eine von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene sog. kumulative Schuldübernahme denkbar ist, ist allerdings insofern zu bejahen, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage nachträglich noch ein zweiter als gewöhnlicher Gesamtschuldner im Sinne des § 421 hinzutreten kann, daß aber der Regel nach und im Zweifel die sog. kumulative Schuldübernahme nichts anderes ist als eine Bürgschaft. Damit ist ohne weiteres für alle Fälle solcher „Schuldübernahme" im Zweifel die Anwendbarkeit des § 766 gegeben, soweit nicht der § 350 HGB. entgegensteht; während andererseits in jenen Ausnahmefällen zur entsprechenden Anwendung des § 766 allerdings kein Anlaß gegeben sein möchte. β. LG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 189 für Schriftlichkeit.

2. Näheres von dem Übernahmevertrag. Auslegungsfragen. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 359 ff. — s. auch u. zu § 416 Ziff. 2 — s. bereits JDR. **3** § 414 Ziff. 3 a. **b)** BayObLG., SeuffA. **60** 267 ff., SeuffBl. **05** 452 ff., R. **04** 446 Nr. 1793 — s. schon JDR. **3** § 414 Ziff. 3 b —: Darin, daß jemand eine fremde Schuld zu zahlen verspricht, liegt nicht ein verpflichtendes Anerkenntnis der Schuld und ein besonderes Schuldversprechen dem Gläubiger gegenüber, sondern eine Schuldübernahme im Sinne des § 414. Der Dritte tritt nur in der Weise an die Stelle des bisherigen Schuldners, daß er die Schuld so, wie sie bei diesem begründet war, übernimmt. (Die Urkunde lautete: . . . „je me reconnais aux lieu et place de mon père . . . débiteur envers vous de la somme . . . qui est restée impayée et dont j'ai reconnu l'exactitude.") **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 884/5 — s. auch u. zu § 780 Ziff. 1 — behandelt einen Fall, wo die Bürgschaft wegen Formmangels (§ 766) verneint, aber Schuldübernahme (§ 414) angenommen wird.

3. **RG.** R. **05** 679 Nr. 2812: Neben der Genehmigung des Gläubigers braucht nicht noch eine besondere Entlassung aus der Schuldverbindlichkeit bewiesen zu werden. Die Genehmigung muß aber in dem Sinne erfolgt sein, daß der Gläubiger fortan den Dritten als den alleinigen Schuldner annehmen wollte.

4. KGJ. **30** A 231 ff. (KG.): Ist der bisherige Eigentümer der persönliche Schuldner und bewilligt der Gläubiger die Umschreibung der Hypothek auf den nunmehrigen Eigentümer, so darf das Grundbuchamt die Umschreibung nicht schon deswegen beanstanden, weil der nunmehrige Eigentümer sich dem bisherigen Eigentümer gegenüber verpflichtet hatte, diesen von der persönlichen Schuld zu befreien (§§ 1143, 1163, 1164, 1177).

§ 415. 1. Von der Genehmigung. „Genehmigung" oder auch „Einwilligung"? **a)** **RG. 60** 415/6: Ist auch unter „Genehmigung" gewöhnlich die nachträgliche Zustimmung zu verstehen (§§ 183, 184), so hat doch § 415 nicht den Sinn und die Absicht, daß die schuldbefreiende Wirkung der Schuldübernahme gerade an eine nachfolgende Zustimmung des Gläubigers geknüpft, und dessen vorgängige Einwilligung verboten und bedeutungslos sein soll. Ein solches Verbot würde dem § 182 widersprechen, und ohne zwingenden Grund ist dies bezüglich des § 415 nicht anzunehmen, die „Einwilligung" des Gläubigers genügt also. **b)** **RG.** SächsA. **15** 696/7, JW. **05** 642 Nr. 9, DJZ. **05** 1062: Das bloße Stillschweigen des Gläubigers schließt keine Genehmigung in sich. Dies folgt aus § 415 Abs. 3, übrigens auch schon aus Abs. 1.

2. OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 455 ff.: Übernahme der (Aktiven und) Passiven einer Gesellschaft durch den darin verbleibenden Gesellschafter bei Ausscheiden eines anderen und Mitteilung hiervon an den Gläubiger kann eine Schuldübernahme, muß es aber nicht sein; jedenfalls ist der Gläubiger nur gebunden, wenn er sie genehmigt. In einer vorbehaltlosen Lieferung an den in der Firma verbliebenden Sozius ist eine stillschweigende Genehmigung nicht zu finden.

3. OLG. Marienwerder, PosMschr. **05** 2/3, nimmt in einem Falle, wo im schriftlichen Vertrage der Ausdruck „übernimmt als Selbstschuldner — als Alleinschuldner" gebraucht ist, gemäß § 133 Erfüllungsübernahme (§ 329), nicht Schuldübernahme (§ 415) an.

§ 416. 1. Strecker, R. **05** 123 ff.: § 416 ist nur für den persönlichen Anspruch des Hypothekengläubigers, nicht für dessen dingliches Recht von Bedeutung und findet auf Grundschulden keine Anwendung.

2. Die Mitteilung des Veräußerers und die Genehmigung. Vgl. JDR. **1** § 416 Ziff. 3, 4a, **2** Ziff. 2, 3, **3** Ziff. 4. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 354 ff. — s. bereits JDR. **3** § 416 Ziff. 4a —; vgl. auch o. zu § 414 Ziff. 2a. **b)** **RG.** Puchel tsZ. **05** 335 ff., betont, daß es nur darauf ankommt, ob die betr. Mitteilung dem Willen des Absenders entsprechend in verkehrsüblicher Weise in den Machtbereich des Adressaten oder eines Vertretungsberechtigten gelangt ist. S. darüber o. zu § 130 unter II.

3. Übernahme bestehen bleibender Hypotheken. **a)** *Linckelmann, JW. **03** 336—338: In der Vereinbarung über das Stehenbleiben eines Rechtes an dem Grundstück ist, wenn das Recht an dem Grundstück eine Hypothek ist, die Vereinbarung über die Übernahme der persönlichen Schuld im Sinne der privativen Schuldübernahme des § 414 BGB. rechtsgrundsätzlich enthalten; der Zwangsvollstreckungsrichter ist verpflichtet, bei der Beurkundung der Vereinbarung auch verändernde Bedingungen zu beurkunden. Die vertragsmäßige Übernahme einer Hypothek nach § 91 hat den Wegfall aller Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse dem Gläubiger gegenüber zur Folge. **b)** OLG. Dresden, SächsA. **15** 521 ff. und 525 ff.: Übernahme von bestehen bleibenden Hypotheken durch den Ersteher eines zwangsweise versteigerten Grundstücks. Persönliche Haftung des Erstehers lediglich unter den Voraussetzungen des § 416. — S. näheres ZVG. § 53 bezw. § 91.

4. BayObLG., SeuffA. **60** 58 ff. s. bereits JDR. **3** § 416 Ziff. 6a.

§ 419. 1. OLG. Bamberg, SeuffA. **60** 5 ff.: Bei der Sonderbestimmung des § 419 darf nicht ausdehnend vorgegangen werden. Sie ist nicht schon deshalb anwendbar, weil ein bestimmter Vertragsgegenstand das ganze Vermögen des Veräußerers bildet; die Bestimmung ist an sich nicht dazu da, um die sonst erforderliche Anfechtung eines Vertrags wegen Gläubigerbenachteiligung zu erübrigen. Unter Vermögen ist vielmehr ein Inbegriff von Rechten zu verstehen,

eine gedachte Einheit, mit welcher ein Bruchteil derselben rechtlich gleich behandelt wird (§ 311). Als Bruchteil sind nicht einzelne bestimmte Bestandteile des Vermögens zu betrachten. Vielmehr ist hierfür, namentlich mangels einer Mehrheit von Übernehmern, ein besonderes Einverständnis über Zuwendung eines ziffernmäßigen Teiles des Inbegriffs Voraussetzung. Andererseits bedarf es bei Übernahme des ganzen Vermögens einer ausdrücklichen Willensrichtung auf Übertragung und Erwerb des Vermögens als Inbegriffs nicht; die Natur des Inbegriffs wird nicht dadurch verändert, daß einzelne Vermögensstücke von der Übernahme ausgeschlossen werden. Dagegen kann man von Übernahme des „Vermögens“ dann nicht mehr sprechen, wenn zurückbehaltene Vermögenswerte einen im Verhältnisse zu dem übertragenen nicht unerheblichen selbständigen Teil des Gesamtvermögens bilden. Den allergrößten Bedenken begegnet der auf den § 419 gestützte Gläubigeranspruch, wenn er gerade in bezug auf einen solchen vorbehaltenen selbständigen Vermögensbestandteil erwachsen und aus demselben nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge auch seine Befriedigung zu finden bestimmt ist.

2. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 187: Tatbestand, wo angenommen wurde, daß die Beteiligten nur einzelne Vermögensgegenstände, nicht das Vermögen als Ganzes übertragen wollen.

Sechster Abschnitt. Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.

Vorbemerkung: Fast ausschließlich die Rechtsprechung hat zum 6. Abschnitte Material gezeitigt. Eine Reihe praktisch bedeutsamer Tatbestände war zu verzeichnen. Insbesondere bemerkenswert sind die wechselrechtlichen, zu §§ 423 u. 426 Ziff. 2 verzeichneten. Äußerst bedenklich erscheint das Urteil des **RG.** JW. **05** 428 Nr. 6 (zu § 425 Ziff. 2) betr. die Frage nach der Forteristenz der nicht mitabgetretenen Ansprüche bei einem Gesamtschuldverhältnisse. Die redaktionellen Zweifel sind an der einschlägigen Stelle niedergelegt Die praktisch so brennende Frage, ob im Falle, daß Eheleute gemeinschaftlich gemietet haben, wirksam vom Manne gekündigt werden könne, ist diesmal wieder vom KG. (§ 432 Ziff. 1b) entschieden und von Oertmann eingehend und interessant behandelt worden (§ 421 Ziff. 1, § 432 Ziff. 1a).

§ 421. 1. Oertmann, Mitunterzeichnung des Mietvertrags durch die Ehefrau des Mieters, DJZ. **05** 1079 ff.: Es fragt sich, in welchem Sinne die Unterschrift gemeint sei. Nur wo die Frau nach dem erkennbaren Sinne oder schon nach dem Wortlaute des Vertrags als Mieterin selbständig neben ihren Ehemann hat treten wollen und sollen, entsteht für die Gatten in Recht und Pflicht ein Gesamtmietverhältnis. So in der Regel, wenn von vornherein beide Gatten am Kopfe des Mietvertrags als Mieter aufgeführt sind, ebenso, wenn sie die Wohnung zum gemeinschaftlichen Betrieb eines Berufs, etwa des ärztlichen, gemietet haben. In der großen Mehrzahl der Fälle aber liegt das Verhältnis minder klar. Schon der Umstand, daß als Mieter nur der Ehemann aufgeführt ist, die Frau allein den Vertrag am Schlusse hinter ihm mitunterzeichnet hat, erweckt gegen die Annahme ihrer selbständigen Berechtigung und Verpflichtung Bedenken. Eine Lösung kann allein die Betrachtung und Abwägung der Zwecke bringen, die mit dem Akte vermeintlich verfolgt werden sollten, der hypothetische Parteiwille. — S. ferner u. zu § 432 Ziff. 1 über die Rechtsfolgen bei Kündigung lediglich durch bzw. an den Ehemann. — Oertmann gelangt zu folgendem Ergebnisse: „Die Ehefrau tritt durch ihre Mitunterschrift allerdings in ein wahres Mietverhältnis, in Recht und Pflicht einer Mieterin ein. Aber ihr Mietverhältnis ist, weil nur zur Sicherung der Ansprüche des Vermieters gegen den Ehemann geschaffen, in Entstehung und Fortbestand von dessen

Mietverhältnis abhängig; es ist ein Fall eines akzessorischen oder abgeleiteten Schuldverhältnisses." Diese Gestaltung ist im Zweifel als gewollt zu unterstellen. — S. a. u. zu § 535 Ziff. IV.

2. Tätigkeit des Anwalts für mehrere. S. IDR. **2** § 426 Ziff. 3, **3** § 421 Ziff. 3. SeuffBl. **05** 155 (München): Der Anwalt kann präsumtiv von jedem Streitgenossen nur die Hälfte seiner Kosten fordern; eventuell kann der das Ganze verauslagende Genosse vom anderen Ersatz der Hälfte verlangen (§ 426). Ebenso OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 155, SeuffA. **60** 375.

3. OLG. **11** 160 (KG): Erklärt ein Bevollmächtigter, er bewillige und beantrage die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers und beantrage die Eintragung der Eigentumsänderung, so ist die Bewilligung als namens des Veräußeres, der erste Antrag als für den Veräußerer, der zweite als für den Erwerber gestellt anzusehen. Beide sind Antragsteller und Kostenschuldner. Sie haften nach § 2 [1] GKG. als Gesamtschuldner gemäß § 421. — S. über verwandte Fragen IDR. **3** § 421 Ziff. 3.

4. **RG. 59** 176/7, IW. **05** 43 Ziff. 4, DIZ. **05** 123 Nr. 10: Im Falle eines Gesamtschuldverhältnisses bleibt, wenn der eine Teil infolge Geschäftsunfähigkeit als Vertragschließender wegfällt, doch der andere Teil selbständig zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet. — S. auch o zu § 139 Ziff. 1.

5. Über das Verhältnis des § 421 zur sog. kumulativen Schuldübernahme s. **RG. 59** 232 ff. — o. zu § 414 Ziff. 1c.

§ 422. ElsLothIZ. **05** 41 (Colmar): Der § 422 findet auf das Verhältnis zwischen Schädiger und Versicherungsgesellschaft gegenüber dem Beschädigten nicht ohne weiteres Anwendung. Dies ergibt sich aus § 255, der den Fortbestand des Anspruchs voraussetzt.

§ 423. 1. **a)** **RG. 59** 319—321: Die Natur des Wechsels und der solidarischen Verbindlichkeit der mehreren Wechselzeichner steht so wenig wie der § 423 dem entgegen, daß der Akzeptant befreit wird, der Aussteller nicht. Nach dem dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse kann — wie nach § 426 ein Verhältnis der Solidarschuldner untereinander — der eigentliche Schuldner der Aussteller sein, nicht der Akzeptant. Hat der Aussteller des Wechsels einen Regreßanspruch gegen den Akzeptanten, so wird er ihm dadurch allein, daß der Regreßberechtigte den Akzeptanten entläßt, nicht genommen. **b)** **RG.** Holdheims MSchr. **05** 257 ff., BayRpflZ. **05** 303 ff.: Nach Artt. 81, 82 WO. wirkt der Vergleich zwischen Wechselgläubiger und Akzeptanten wie der Erlaß nicht notwendig auch für den Wechselaussteller. Ebenso nach § 423 BGB. Grundsätzlich hat der den Beweis zu führen, der die Wirkung des Vergleichs über die Personen der Vergleichschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt. Keineswegs erlischt mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit des Akzeptanten ohne Befriedigung des Wechselgläubigers stets auch die des Ausstellers.

2. BayObLG. **6** 51/2, R. **05** 133 Nr. 163 zu Tit. IV Kap. I § 23 des früheren bayerischen Landrechts.

§ 425. 1. *Hellbach, R. **05** 7: Teilweise Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers wird durch Verschlechterung der verkauften Sache herbeigeführt.

2. **RG.** IW. **05** 428 Nr. 6, SächsA. **15** 490 ff., R. **05** 617 Nr. 2536: In zahlreichen Fällen wird, wenn ein Gläubiger, für dessen Forderung mehrere als Gesamtschuldner haften, bloß den Anspruch an einen von ihnen einem Dritten abtritt, die Fortexistenz der nicht mitabgetretenen Ansprüche dem Willen des Zedenten und des Zessionars zuwiderlaufen; namentlich wird es, wenn ihm der Anspruch an einen der Gesamtschuldner gegen Entgelt abgetreten worden ist, regelmäßig als ausgeschlossen gelten müssen, daß der Zedent berechtigt bleiben solle, die Forderung von einem der übrigen, von der Abtretung nicht betroffenen

Gesamtschuldner einzuziehen, da hierdurch auch derjenige, welcher infolge der Abtretung Schuldner des Zessionars geworden ist, von seiner Schuld befreit und für den Zessionar somit die Geltendmachung des ihm abgetretenen Anspruchs unmöglich gemacht würde. Nach §§ 1250, 1273 erlischt, wenn bei Abtretung einer Forderung der Übergang eines dafür bestellten Pfandrechts ausgeschlossen wird, dieses Pfandrecht, ohne daß es eines Vertrags zwischen dem Pfandschuldner und dem abtretenden Gläubiger bedarf, und das gleiche wird für andere nicht mit abgetretene Nebenrechte, die selbständig nicht bestehen können, zu gelten haben. In Fällen wie dem obigen muß in Frage gezogen werden, ob ein Erlöschen dieser Ansprüche anzunehmen ist. Dagegen kann die Zahlung des Zessionars an den Zedenten für Abtretung der Forderung nicht als Befreiungsgrund der Gesamtschuldner verwertet werden; er leistete sie nicht für sie, sondern in Erfüllung seiner eigenen Schuld aus dem Abtretungsvertrage. ⇛ Diese Entscheidung erscheint im höchsten Maße bedenklich. Die analoge Heranziehung der §§ 1250, 1273 ist nicht einleuchtend. Es handelt sich bei einer Gesamtschuld doch keineswegs um „Nebenrechte". Nach § 421 kann der Gläubiger von jedem Schuldner die ganze Leistung fordern. Es sind mehrere Hauptrechte in *einer* Hand vereinigt. Der § 401 spricht dann aber gewiß eher gegen das RG. als dafür. Jedenfalls läge ein ganz außergewöhnlicher rechtlicher Tatbestand in dem originären Erlöschen der Forderung vor, wenn man dem RG. folge. Bisher nahm man doch immer an, daß lediglich auf vertraglichem Wege beseitigt werden könne, was durch Vertrag entstanden ist: sei es erfüllungs-, erlaßweise oder ähnlich. Hiervon wird in vorstehender Entscheidung ganz und gar abgesehen. Denn daß der *Zessionar*, selbst wenn der Zedent erlassen wollte, garnicht die Möglichkeit hat, dies mit dem Zedenten rechtswirksam für die Gesamtschuldner zu vereinbaren, liegt auf der Hand. Ob nicht unter Umständen in Weiterbildung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 242 (s. o. § 242 Ziff. 3) daran gedacht werden könnte, daß in *besonderen Fällen* dem Gläubiger-Zedenten, der Forderungen gegen die nicht als Cessi in Betracht kommenden Gesamtschuldner geltend macht, der Einwand der Arglist entgegengesetzt werden könnte, wäre eine Frage für sich. Aber an dem grundsätzlichen Verbleiben der übrigen Gesamtforderungen bei dem nur den Anspruch gegen einen der Schuldner abtretenden Gläubiger scheint doch festgehalten werden zu müssen. Red. ⇚

§ 426. 1. *Mitbürgenverhältnis.* Über die Frage, ob ein Mitbürge sich dadurch einem anderen Mitbürgen verantwortlich macht, daß er eine ihm persönlich bestellte Sicherheit aufgibt, s. **RG.** JW. **05** 486 Nr. 3, unten zu § 776 Ziff. 1 c.

2. *Ausgleichungspflicht zwischen Wechselverpflichteten.* **a)** OLG. Marienwerder, PosMschr. **05** 166 ff.: Auf den Zahlenden geht weder das Recht des bezahlten Gläubigers kraft Gesetzes über, noch ist für eine Abtretung der Rechte an den Zahlenden Raum. Vielmehr kann der zahlende Regreßschuldner lediglich seine *eigenen* Wechselrechte gegen diejenigen Personen verfolgen, gegen die ihm solche Rechte nach Maßgabe des Wechsels überhaupt zustehen. Hieran wird nichts dadurch geändert, daß der Zahlende mit anderen Wechselverpflichteten zusammen verurteilt wird. Deshalb kann einer von mehreren gemeinschaftlich verurteilten Gesamtschuldnern auf Grund einer ihm vom Gläubiger erteilten Abtretung die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen einen anderen Gesamtschuldner nicht verlangen; die Umschreibung ist zu versagen. **b)** OLG. **10** 372 (Posen): Der Erstattungsanspruch zwischen zwei Wechselverpflichteten (Aussteller bzw. erstem Giranten und zweitem Giranten) richtet sich lediglich nach dem zivilrechtlichen Verhältnisse. Bürgschaft (§§ 774, 765, 766) liegt nicht vor; sie stehen sich vielmehr als Gesamtschuldner gegenüber; § 426 ist maßgebend.

3. OLG. München, SeuffBl. **05** 155 und OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 155,

SeuffA. **60** 375: Ausgleichungspflicht zwischen mehreren Auftraggebern eines Anwalts. (S. oben zu § 421 Ziff. 2). OLG. Colmar, DNotV. **05** 307/8, ElſLothJZ. **05** 30/1: Haftung der Eheleute als Gesamtschuldner.

4. LG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 52/3: „Etwas anderes" ist im Gesetze bestimmt, wenn einer von zwei Schadensersatzpflichtigen nicht aus eigener unerlaubter Handlung haftet, sondern aus derjenigen des anderen, von ihm zur Vornahme einer Verrichtung Bestellten: § 840 Abs. 2. (Anwendung im Falle eines Schleppvertrags, s. auch unten zu § 638). S. in gleichem Sinne LG. Hamburg ebenda 124/5.

5. LG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 53: Keinen Einfluß hat es, welchen Verjährungsgrundsätzen im übrigen dasjenige Rechtsverhältnis unterliegt, auf welches sich die Alleinhaftung des einen Gesamtschuldners gegenüber dem anderen gründet. Die Voraussetzung ist lediglich die Ausgleichungspflicht, deren Verjährung nicht in Frage kommen kann, bevor der Ausgleichungs*fall* gegeben ist. (S. auch unten zu § 638 Ziff. 1.) S. auch LG. Hamburg ebenda 125.

6. **RG.** JW. **05** 429 Nr. 7, DJZ. **05** 813/4, R. **05** 591 Nr. 2390, 617 Nr. 2537: Ist bei dem gleichzeitigen Betriebe zweier Eisenbahnen auf derselben Bahnstrecke ein Mensch körperlich verletzt und diese Verletzung durch das tatsächliche Zusammentreffen der beiderseitigen Betriebstätigkeit, nämlich den Zusammenstoß der Betriebsmittel der beiden Bahnen, herbeigeführt worden, so haftet jeder der beteiligten Betriebsunternehmer für den gesamten nach dem HaftpflG. zu ersetzenden Schaden. (Vgl. auch JDR. **2** zu § 421 Ziff. 1a).

7. **RG.** DJZ. **05** 1122 verneint die Anwendung der §§ 426, 840 auf die Ausgleichungspflicht unter Reedern; diese erfolgt nach HGB. § 735 Abs. 2.

§ 428. **Adler*, Bankdepotgeschäfte 53 (s. Näheres u. zu §§ 688 ff.): Bei Verträgen, die eine Mehrzahl von Personen mit einem Bankier über Verwahrung von Wertpapieren schließt (Gemeinschaftsdepot), liegt im Zweifel ein Schuldverhältnis nach § 428 BGB. vor, kann also der Bankier das ganze Depot nach seinem Belieben jedem der mehreren Hinterleger herausgeben.

§ 432. 1. *Kündigung von mit Eheleuten abgeschlossenen Mietverträgen.* S. JDR. **3** §§ 432, 564 Ziff. 1. **a)** *Oertmann*, DJZ. **05** 1081/2 — s. insbesondere o. zu § 421 Ziff. 1 —: Kündigt, wie es vielfach auch trotz Mitunterzeichnung des Vertrags durch die Frau vorkommt, nur der *Mann*, so wirkt dies an sich nur auf *sein* Mietverhältnis, läßt das der Frau ruhig fortbestehen. Anders nur, wenn der Mann von der Frau bevollmächtigt war, auch für sie zu kündigen, und die Kündigung in erkennbarer Weise nicht nur für sich, sondern zugleich als ihr Vertreter vorgenommen hat. Die Annahme einer *stillschweigenden Vollmacht* ist nicht unbedenklich. Ebensowenig ist dem Vermieter mit der Annahme der selbständigen Mietberechtigung und -Verpflichtung der mitunterzeichnenden Ehefrau gedient. — Über den Ausweg, den *Oertmann* vorschlägt, s. o. a. a. O. Regelmäßig ist das Mietverhältnis der Frau nur akzessorisch; es ist beendigt, wenn das des Mannes aufhört. S. a. *Berndorff* u. zu § 564 Ziff. 1. **b)** KG., KGBl. **05** 6: Es muß angenommen werden, daß, wenn Eheleute Räume behufs Benutzung als gemeinschaftliche Ehewohnung mieten, nach Absicht der Kontrahenten hinsichtlich der Ausübung der den Eheleuten gemeinschaftlich zustehenden Rechte die Erklärungen, die der *Ehemann* dem Gegenkontrahenten gegenüber abgibt, maßgebend sein sollen (§ 1354). Der Leistung der Unterschrift unter dem Mietvertrage seitens der Ehefrau ist *die* Bedeutung hauptsächlich beizumessen, daß dem Vermieter eine größere Sicherheit hinsichtlich der Erfüllung der aus dem Mietvertrage sich ergebenden, pekuniären *Verpflichtungen*, wie Mietzinszahlung und Schadensersatz, geboten werden soll. Daß der Ehemann die Form „*ich kündige meine Wohnung*" wählte, ist unerheblich.

— Eventuell gilt folgendes: Da die Wohnung von den Eheleuten gemeinschaftlich gemietet und bewohnt und deshalb auch anzunehmen war, daß sie sie gemeinschaftlich aufgeben wollen, so muß die formell durch den Ehemann allein erklärte Kündigung als für beide Eheleute abgegeben gelten. Sein Wille, für die Ehefrau mitzukündigen, muß unter diesen Umständen als für den Vermieter hinlänglich erkennbar hervorgetreten angesehen werden. Sache des Vermieters wäre es, anderweite Umstände zu behaupten, die dieser Annahme entgegenstehen. Daß zu der Kündigung eine mindestens stillschweigende Ermächtigung seitens der Ehefrau vorhanden ist, kann ohne weiteres auf Grund der Erfahrungstatsache angenommen werden, daß Eheleute einen so wichtigen Schritt, wie das Aufgeben einer Wohnung, nur nach vorgängigem Beraten und beiderseitigem Einverständnisse zu tun pflegen. Die Ermächtigung geht auch aus dem Umstande hervor, daß der Ehefrau gerade die von dem Ehemann erklärte Kündigung als auch für sie selbst wirkend angesehen haben will.

2. **KG.** R. **05** 646 Nr. 2662: Klage zweier Eheleute auf Rückzahlung an die Ehefrau.

Siebenter Abschnitt. Einzelne Schuldverhältnisse.

Erster Titel. Kauf. Tausch.

I. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Von theoretischen Arbeiten sind zu diesem Titel hervorzuheben der Aufsatz Schollmeyers über Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler, aus dem hier nur einige besonders auch den Praktiker interessierende Stellen referiert werden konnten (Ziff. 1 u. 3 zu § 459 ff.). Mit der bereits vielfach untersuchten Abnahmepflicht befaßt sich eine Erstlingsarbeit von Oberloskamp. Hinzuweisen ist noch auf den zwischen hervorragenden Praktikern entbrannten Streit über die Gewährleistung beim Verkauf von Wertpapieren (Ziff I 1 zu § 459). Die wichtige Frage, welchen Einfluß es auf die Wandelungsklage hat, wenn das gekaufte Grundstück bereits versteigert ist, behandelt Oertmann unter kritischer Würdigung der hierauf bezüglichen Reichsgerichtsentscheidungen (§ 467 Ziff. 1). Das RG. hat inzwischen noch einmal Gelegenheit gehabt, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen, im wesentlichen aber seinen früheren Standpunkt beibehalten (Ziff. 1 c α zu § 467). Die für die Praxis bedeutsame Frage, ob der Verkäufer ein Recht auf Nachbesserung der mangelhaften Kaufsache hat, ist vom RG. in Übereinstimmung mit der vom KG. vertretenen Ansicht jetzt dahin entschieden worden, daß nur unter besonders gearteten Umständen der Wandelungsanspruch des Käufers durch Nachbesserung ausgeschlossen werden kann. (§ 462 Ziff. 4a). — Zahlreich sind noch immer die Urteile über den Begriff einer zugesicherten Eigenschaft.

Literatur: Beer, Vertragsmäßige Ausschließung der Gewährleistung bei Grundstücksverkäufen, DJZ **05** 668—672. — Düringer, Gewährleistung beim Verkaufe von Wertpapieren, DJZ. **05** 374—377. — Eccius, Die Pflicht des Verkäufers beim Verkaufe von beweglichem Grundstückszubehör, GruchotsBeitr. **49** 465—469. — Grallert, Mängelrügen bei Verkäufen von Geschäften, HansGZ. **05** Beibl. 17. — Hagens, Gewährleistung beim Verkaufe von Wertpapieren, DJZ. **05** 664—667. — Harke, Mängelrügen bei Verkäufen von Geschäften, HansGZ **05** Beibl. 5. — Hellbach, Mängel der verkauften Sache, R. **05** 6—9. — Herbst, Klagantrag und Urteilstenor bei Wandelungsklagen, BayRpflZ. **05** 441 443. — Krückmann, Eine bedenkliche Entscheidung des RG. auf dem Gebiete des Wandelungsrechts, SeuffBl. **05** 585—592. — Landsberg, Ersatzansprüche des Käufers bei der Wandelung, PosMSchr. **05** 17—22. — Marcus, Gegenseitiges Verhältnis der §§ 479 und 390 Satz 2 BGB., R. **05** 40/41. — Neukamp, Finden auf den Verkauf von Inhaberaktien die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB., §§ 377, 378 HGB. oder diejenigen der §§ 437, 438, 195 BGB Anwendung? Holdheims MSchr. **05** 1—6. — Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem BGB. Leipzig 1905 (Diss.). — Oertmann, Wandelung nach Zwangsversteigerung der Kaufsache, DJZ. **05** 516—523. — Schollmeyer, Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kaufe, Iherings J. **49** 93—120.

§ 433. I. 1. *Oberloskamp, Abnahmepflicht: a) Der Käufer ist zur Annahme der Besitzübertragung, zur körperlichen Wegnahme der gekauften Sache,

nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet, und nur zur Annahme der Eigentumsübertragung und zur Annahme beider Leistungen als Erfüllung lediglich berechtigt. Das Gesetz legt jedoch dem Käufer die Pflicht zur Wegnahme der gekauften Sache nicht deshalb auf, damit er zu deren Genuß komme, sondern deshalb, damit er den Verkäufer von deren Lasten befreie. (Vgl. Jacobis Definition der Abnahmepflicht, IDR. 2 Ziff. 4 a zu § 433.) Aber die Abnahmepflicht würde den praktischen Wert, den sie für den Verkäufer haben soll, verlieren, wenn er das Vorhandensein eines Interesses und nicht vielmehr der Käufer den Mangel eines solchen darzutun hätte. Auch laufen die Fälle, in denen der Käufer, statt die Sache an sich zu nehmen, etwas anderes veranlaßt, darauf hinaus, daß er an seiner Stelle einen anderen die Sache an sich nehmen läßt; es kommt also auch hier zu einer körperlichen Wegnahme, nur wird die Wegnahmehandlung, ihrer Vertretbarkeit gemäß, von einem anderen als dem Käufer vorgenommen. b) Bei einem Qualitätsmangel der gekauften Sache braucht der Käufer allgemein deshalb nicht abzunehmen, weil der Verkäufer nicht erfüllungsbereit ist, und nicht etwa deshalb, weil der Verkäufer zwar zu erfüllen vermag, der Käufer aber Anspruch auf Wandelung hat. c) Die Ablieferung kann nicht als die der Abnahme des Käufers entsprechende Handlung des Verkäufers bezeichnet, insbesondere auch nicht beim Tatbestande des Abnahmeverzugs verwandt werden. Auf eine solche Verwendung bei der Auslegung der Ablieferung Rücksicht zu nehmen, ist nicht möglich gegenüber den Anforderungen, denen die Auslegung der Ablieferung gemäß dem Zusammenhang, in dem sich diese im Gesetze findet, zu genügen hat. d) Der Käufer hat im Regelfalle die gekaufte Sache dann abzunehmen, wann sie der Verkäufer oder dessen Transportperson zu übergeben hat. Bei dieser Bestimmung der Fälligkeit der Abnahmepflicht ist eine Koinzidenz von Abnahme- und Annahmeverzug erreicht und eine solche ist nach den Zwecken, die das Gesetz mit der Verpflichtung des Käufers zur Abnahme verfolgt, zu erstreben. Die Mahnung des Käufers geht dann in dem Angebote des Verkäufers vor sich. Wie ferner der Käufer gemäß § 297 für den Fall des Annahmeverzugs darzutun hat, daß der Verkäufer zur Zeit des Angebots zur Übergabe außerstande war, so auch gemäß § 285 für den Fall des Abnahmeverzugs. Den Einwand der mangelnden Übergabebereitschaft kann der Käufer nicht erheben, wenn infolge seiner Weigerung an- bzw. abzunehmen, der Verkäufer nicht in voller Leistungsbereitschaft gewesen ist und bei einem Bringkauf die Sache nicht gebracht hat, so daß es zu keiner Realoblation kam, sondern sie bei sich behalten und lediglich eine Verbaloblation gemacht hat. Wie Annahme-, so ist Abnahmeverzug auch dann gegeben, wenn der Käufer zwar an- bzw. abnehmen, aber nicht zahlen will. e) Die Rechte aus dem Abnahmeverzuge stehen zu denen aus dem Annahmeverzuge grundsätzlich in kumulativem Verhältnis. Wenn Hohenstein (IDR. 3 Ziff. II und III) deshalb ein alternatives Verhältnis beider Gruppen von Rechten vertritt, weil eine Konfusion der Abnahmepflicht und des Annahmerechts zu verhindern sei, so ist zu entgegnen, daß die Voraussetzungen einer Konfusion nicht vorliegen, daß der Käufer, wenn er zur Annahme verpflichtet und berechtigt ist, nicht sich selbst zum Widerpart hat, sondern den Verkäufer, der seiner Abnahmepflicht als Gläubiger, seinem Annahmerecht als Schuldner gegenübersteht. f) Die Vollstreckung der Abnahme geht nach § 887 ZPO. vor sich. Auch dann gelangt der Besitzwechsel, der die Abnahme darstellt, zur Ausführung, wenn die gekaufte Sache bei dem Käufer ohne dessen Wissen oder Willen niedergelegt wird.

2. *Hellbach, R. 05 7: Der Verkäufer hat die verkaufte Sache in dem Zustande zu übergeben, in dem sie sich bei Abschluß des Kaufvertrags befindet. Der Käufer einer Spezies kann deren Abnahme wegen Mangelhaftigkeit nicht verweigern.

3. David, R. **05** 588 ff.: Ein Dienstherr, der durch einen Angestellten bei einem Kaufmanne Waren kaufen läßt, kann, wenn der Angestellte das zur Bezahlung erhaltene Geld unterschlagen und die Waren auf Kredit entnommen hat, von dem Kaufmanne wegen des Kaufpreises in Anspruch genommen werden. Sowohl wenn der Angestellte bei Ausführung des ihm erteilten Auftrags lediglich Bote des Dienstherrn als auch wenn er Vertreter im Willen war, kommt der Kauf rechtsverbindlich für den Dienstherrn zustande, und haftet demgemäß dieser für die Bezahlung des Kaufpreises.

4. *Grallert, HansGZ. **05** Beibl. 17/18: Außer Sache und Recht können auch andere Rechtsgüter wie „Geschäftskundschaft", „Geheimnis" usw. Gegenstand eines Kaufes sein. Auf solche Verträge finden die §§ 433—513 BGB. im Wege der Rechtsanalogie Anwendung. Näheres s. u. § 459 Ziff. I 2.

II. Aus der Praxis. 1. Abnahmepflicht. (JDR. **3** Ziff. III.) **a)** **RG.** R. **05** 16: Abnahme im Sinne des Abs. 2 ist die rein körperliche Hinwegnahme des gekauften Gegenstandes. Davon verschieden die Annahme der vom Verkäufer als Erfüllung angebotenen Ware als einer vertragsmäßigen. **b)** **RG.** R. **05** 78, Holdheims MSchr **14** 186: Beim Gattungskaufe hat die Klage auf Abnahme der verkauften Sache zur Voraussetzung, daß die Ware vorhanden und zur Ablieferung bereit gestellt ist. **c)** Darüber, daß ausnahmsweise auch der Verzug des Käufers mit der Abnahme allein die Anwendung des § 326 begründet, **RG.** o. Ziff. 2a zu § 326.

2. **RG.** II 27. 9. 04, **59** 23 ff.: Die Klausel „netto Kasse gegen Konnossement" verpflichtet den Käufer nicht unbedingt zur Zahlung gegen Übergabe der Papiere, hat vielmehr nur die Wirkung, daß, wenn der Käufer die Einlösung weigert, er die Beweislast dafür hat, daß die Weigerung berechtigt war.

3. SächsOLG. **26** 145: Bei Verkäufen von Waren auf Borg und zum Wiederverkauf ist nach der Verkehrssitte häufig der wirkliche Wille des Verkäufers der, an den Wiederverkäufer zu verkaufen, über dessen Person er noch im unklaren ist, unbekümmert, ob derjenige, mit dem er über den Kauf verhandelt, der Wiederverkäufer selbst oder nur ein Vertreter desselben ist.

4. OLG. **10** 339 (Braunschweig): Der Kaufpreis kann auch bei einem Lieferungsgeschäft auf eigene Rechnung in der Weise vereinbart sein, daß der Verkäufer zu dem Selbstanschaffungspreise einen Zuschlag als Entgelt für die jedem Handelsbetrieb innewohnende Vermittlertätigkeit empfängt.

5. Über einen Fall der Nichtigkeit eines Kaufes wegen Unmöglichkeit der auf Grund des Kaufes dem Verkäufer obliegenden Leistung handelt DJZ. **05** 559 (Dresden).

§ 434. **RG.** **59** 400 ff.: Unter den im § 434 bezeichneten Rechten, die von Dritten gegen den Verkäufer geltend gemacht werden können, sind alle Rechte zu verstehen, mögen sie Rechte Dritter, oder Rechte des Verkäufers, oder des Käufers sein, die trotz der Übertragung des Eigentums an dem Kaufgegenstande auf den Käufer bestehen bleiben.

§ 436. **RG.** V 28. 1. 05, **59** 400 ff.: Die auf Grund des Gesetzes vom 14. 7. 93 wegen Aufhebung direkter Staatssteuern auf einem Grundstücke ruhende Grundsteuerentschädigungsrente ist zwar eine öffentliche, auf dem Grundstücke dinglich ruhende Last, gehört aber nicht zu denjenigen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Nähere Begründung a. a. O. 401—403.

§ 437. **RG.** SeuffA. **60** 313 (s. o. zu § 401 Ziff. 1): Der die abgetretene Forderung betreffende Gewährleistungsanspruch kann noch nachträglich abgetreten werden.

§ 439. Eccius wendet sich gegen **RG.** **57** 1 (JDR. **3** Ziff. 2) und will niemals eine Verbindlichkeit aus dem Kaufe anerkennen, die beweglichen Gegen=

stände zur Erfüllung des Kaufgeschäfts von einer darauf lastenden Hypothek zu befreien, weil die beweglichen Bestandteile der Immobiliarmasse eines für eine Hypothek haftenden Grundstücks nicht als selbständig neben dem Grundstück existierende Sachen Gegenstand einer dinglichen Haftung sind. — Vgl. auch Eccius, GruchotsBeitr. 48 470 ff.: Der Käufer, dem der Zubehörgegenstand auf dem Grundstück übergeben worden ist, kann durch eigene Tätigkeit das Ergriffensein von der Hypothek beseitigen, es bedarf dazu keiner weiteren Mitwirkung des Verkäufers (467).

§ 442. **RG.** BraunschwZ. 52 73: Auch für die Einrede der mangelnden Eigentumsverschaffung ist der Käufer beweispflichtig, da unter dem Rechtsmangel im § 442 auch der Mangel des Eigentums selbst zu verstehen ist.

§ 447. SchlHolstAnz. 05 293 ff. (Kiel): Die cif-Klausel bezieht sich lediglich auf die Kosten des Transports, eine Änderung des Leistungsorts hat sie nicht zur Folge.

§ 450. Objektive Notwendigkeit ist nicht zu fordern, Wegnahme einer Einrichtung zulässig. Vgl. *Baring u. Ziff. 1 zu § 670.

§ 455. 1. **RG.** JW 05 18: Über die Bedeutung eines nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts.

2. PuceltsZ. 05 352 (Colmar): Der Eigentumsvorbehalt geht durch die Verfolgung des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises nicht verloren.

3. **a)** OLG. Stuttgart, R. 05 592, SeuffBl. 06 134: Gefahr geht über bereits mit der Übergabe. **b)** Pudor, JW. 05 566, wendet sich gegen die Ansicht von Dernburg (BGB. II 217) und Endemann (BGB § 160 a Anm. 21), daß im Falle des aufschiebend bedingten Eigentumsvorbehalts die Gefahr noch nicht mit der Übergabe auf den Käufer übergehe, indem er ausführt, daß es darauf, ob der Käufer bereits volle rechtliche Verfügungsmacht erlangt habe, nicht ankomme, weil Eigentumsübertragung und Gefahrübergang sich nach BGB. nicht bedingen.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache.

§§ 459 ff. 1. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu den §§ 320 ff. (JDR. 3 Ziff. 1). Schollmeyer, JheringsJ. 49 104 ff.: Es fehlt an jedem Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, die Gewährsvorschriften als ausschließliche aufzustellen. Daraus, daß die Gewährsvorschriften für unverschuldete Fehler aufgestellt sind, muß man vielmehr schließen, daß bei verschuldeten Fehlern daneben die weitergehenden Vorschriften des allgemeinen Teiles zur Anwendung gebracht werden sollen. Über die Modifikationen, welche die allgemeinen Vorschriften durch die Gewährsvorschriften als lex specialis erleiden, vgl. 105 ff., über die Konkurrenz mit den Vorschriften aus § 325 insbesondere s. 109 ff. Über das Verhältnis der Rechte auf Wandelung und Minderung zu den Rechten auf Nachbesserung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf Rücktritt vom Vertrage handelt Schollmeyer a. a. O. 117 ff.

2. Sukzessivlieferungsgeschäft. Vgl. JDR. 3 Ziff. 2 und o. § 326 Ziff. 3.

3. Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht. Schollmeyer, JheringsJ. 49 93 ff.: Diese beiden Pflichten sind streng auseinanderzuhalten. Auf die Erfüllung der Schuld kann geklagt werden. Macht der Schuldner die Leistung anders, als sie geschuldet ist, so braucht der Gläubiger sie nicht anzunehmen. Bei der Gewährleistungspflicht stehen andere Folgen in Frage, Wandelung, Minderung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Aus dem Vorhandensein der Gewährleistungspflicht kann nicht auf das Vorhandensein der gleichen Erfüllungspflicht geschlossen werden. Ist der Schulderfüllungspflicht genügt, so

kann möglicherweise die Erfüllung der Gewährleistungspflicht noch ausstehen. Denn letztere tritt zu der Verpflichtung des Vertragsschuldners, seine Schuld zu erfüllen, als eine besondere selbständige Verpflichtung hinzu. Deswegen kann der auf Zahlung des Kaufpreises verklagte Käufer wegen Gewährsmängel der ihm übergebenen Kaufsache nicht ohne weiteres die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben (94). Dagegen nimmt Dernburg, BGB. II § 185 I an, der Käufer dürfe die Entgegennahme einer im Sinne des § 459 mangelhaften Sache verweigern, weil ein solches Angebot kein dem Vertrag entsprechendes sei.

4. **a**) BraunschwZ. **05** 82 (Braunschweig): Die gesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Verkäufers für Mängel der gelieferten Sache kommen nur insoweit zur Anwendung, als nicht durch Vereinbarung der Parteien ihre Anwendung ausgeschlossen ist. **b**) BayObLG. **6** 27 ff.: Die Vorschriften über die Gewährleistung wegen Mängel der verkauften Sache gelten nicht für den Kauf von Rechten, wie z. B. von Musterrechten. **c**) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 234: Ist der eine Vertragsteil dadurch getäuscht worden, daß der andere über die Herstellungskosten des Pomrils wissentlich unwahre Angaben gemacht hat, so haftet der andere Teil für diese Zusicherung und hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die unwahren Angaben richtig gewesen wären. Es hätte auch der Vertrag angefochten und Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangt werden können. **d**) BayObLG. **6** 27 ff.: Eine die Höhe des Kaufpreises beeinflussende Täuschung des Käufers durch den Verkäufer berechtigt den Käufer, die entsprechende Minderung des Kaufpreises zu verlangen. Auf vertragsmäßige Zusicherungen, die bei einem Grundstückskaufe vom Verkäufer dem Käufer gemacht worden sind, kann der Käufer Ansprüche nur gründen, wenn die Zusicherung in die über den Kaufvertrag errichtete Notariatsurkunde aufgenommen worden ist.

§ 459. I. 1. **a**) *Düringer, DJZ. **05** 374 ff.: Der Verkauf eines Wertpapiers ist nach Auffassung des BGB. Verkauf eines Rechtes (§ 437 Abs. 2). Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um Order- oder Inhaberpapiere handelt. Nur in sachenrechtlicher Hinsicht sind die letzteren den körperlichen Gegenständen gleichgestellt und ist der Eigentumserwerb sogar erleichtert (vgl. §§ 935, 1006 BGB., § 367 HGB.). Im Obligationsnexus zwischen Käufer und Verkäufer können die Grundsätze über Sachgewährleistung (vgl. §§ 459 ff. BGB.) auf Wertpapiere nur insoweit Anwendung finden, als es sich um Mängel der Urkunde als körperlicher Sache (§ 90 BGB.) handelt, wenn also z. B. die Urkunde defekt, schmutzig, zerrissen oder unvollständig ist. Sonst ist § 437 Abs. 1 BGB. maßgebend. Der Verkäufer haftet für den rechtlichen „Bestand" des in der Urkunde inkorporierten Rechtes. Er haftet nicht bloß für das „Bestehen des Rechtes", sondern dafür, daß es so besteht, wie er es zugesagt hat. Ebensowenig als die §§ 459 ff. BGB. kann § 377 HGB. Anwendung finden; die rechtlichen Mängel des Wertpapiers könnten bei einer Untersuchung nach § 377 HGB. nicht erkannt werden. Der Verkäufer haftet während der dreißigjährigen Verjährungsfrist; § 477 BGB. findet keine Anwendung. Zur Geltendmachung der speziellen Rechte aus dem gegenseitigen Vertrag, insbesondere zum Rücktritte vom Vertrag ist Käufer jedoch nur berechtigt, wenn der rechtliche Mangel als Nichterfüllung einer Hauptverbindlichkeit des Verkäufers erscheint (**RG.** **59** 240 ff. u. Ziff. II A 1). **b**) AM. Neukamp, Holdheims MSchr. **05** 1 ff., der es für unbedenklich erachtet, die Vorschriften der §§ 459 ff. sei es unmittelbar, sei es mindestens entsprechend auch auf die Inhaberpapiere anzuwenden, und zwar auch insoweit, als das in der Urkunde verbriefte und damit verknüpfte Recht in Frage steht, weil die Inhaberpapiere in zahlreichen Einzelvorschriften (§§ 935 Abs. 2, 1006 Abs. 1, 1081 in Verb. mit §§ 1069,

1293, 1362 Abs. 2) den „beweglichen Sachen" vollständig gleichgestellt seien und es geradezu als ein unabweisbares Verkehrsbedürfnis erscheine, die Inhaberpapiere als körperliche Sachen zu behandeln (gegen Neukamp, BankA. 4 90). c) *Hagens, DJZ. 05 664 ff.: Bei Werthpapieren können Mängel, die den Bestand des in den Papieren verkörperten Rechtes betreffen, nicht als Sachmängel behandelt werden. Die Gewährleistung regelt sich nach § 437. Dagegen sind auf Mängel und Zusicherungen, die die tatsächlichen Wertfaktoren bei solchen Papieren und bei verkauften unkörperlichen Gegenständen, wie Patenten, Geschäftsanteilen, Kuxen usw., betreffen, die §§ 459 ff. analog anzuwenden.

2. Harke, HansGZ 05 Beibl. 5 führt aus, daß bei Verkäufen von Geschäften mit Inventar und „Kundschaft" der Bruch von Zusagen nicht auf Grund der §§ 459 ff. verfolgt werden könne, weil Objekt derartiger Verkäufe keine körperliche Sache sei. Hiergegen wendet sich Grallert ebenda 17, der die analoge Anwendung der §§ 433—514 BGB. bei dem Verkauf einer Kundschaft für unbedenklich hält, weil die Fassung des § 433 nicht ausschließe, daß auch Kaufgeschäfte über andere Werte nach den gesetzlichen Regeln des Kaufvertrags zu behandeln seien.

3. *Hellbach, R. 05 7: Der Verkäufer hat einen Fehler der verkauften Spezies nicht zu vertreten, wenn ihn der Käufer verschuldet hat, oder, wenn er durch einen Zufall herbeigeführt worden ist, während der Käufer sich in Annahmeverzug befunden hat. Den Beweis, daß eine Eigenschaft zugesichert worden ist, hat nach Hellbach stets der Käufer zu führen. Der Beweis des behaupteten Mangels liegt bei dem Verkauf einer bestimmten Sache dem Käufer ob, dagegen hat der Verkäufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache die zugesicherte und die gesetzliche Beschaffenheit der gelieferten Sache zu beweisen.

II. Aus der Praxis. A. Abs. 1. 1. RG. 59 240 ff., JW. 05 120, BankA. 4 90: Die mangelhafte Beschaffenheit der Grubenfelder und Erze eines Bergwerks ist nicht als ein Sachmangel der Aktien dieses Bergwerksunternehmens anzusehen, weil eine Beziehung zwischen jenen Mängeln und den Aktien erst in zweiter Linie dadurch hergestellt wird, daß mit dem Papiere auch das Recht gekauft wird. Kauf eines Wertpapiers ist zugleich Rechtskauf, es handelt sich daher in erster Linie um Mängel in dem tatsächlichen Bestande des Rechtes (244). Im übrigen wird an der Ansicht des RG. 52 1 ff. über § 459 festgehalten.

2. RG. BayRpflZ. 05 242: Teilweise Unbebaubarkeit einer als Bauland verkauften Fläche ist nicht stets ein Fehler im Sinne des Abs. 1, weil die Möglichkeit, daß die Bebauungsfähigkeit rechtlich eingeschränkt ist, in allen Orten, in denen ein Bebauungsplan festgestellt ist, gegeben ist.

3. OLG. Karlsruhe, BadRpr. 05 15: Ist ausgeschlossen, daß nach dem Vertragsinhalte die bessere oder geringere Beschaffenheit der Sachen maßgebend für die Preisbestimmung war, so kann keine Haftung aus § 459 für die Beschaffenheit hergeleitet werden, weil die Beteiligten beim Vertragsschlusse ein bestimmtes Maß von Tauglichkeit überhaupt nicht vorausgesetzt haben.

4. Satz 2. a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. 05 227: Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Preisminderung erheblich ist, ist nicht in erster Linie entscheidend das Verhältnis derselben zum Gesamtwerte des Kaufgegenstandes, sondern es ist zu prüfen, ob sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles als unerheblich erscheint. b) RG. JW. 05 339, SeuffA. 60 269: Es muß sich um einen Mangel handeln, wegen dessen mit Rücksicht auf seine Geringfügigkeit ein Gewährleistungsanspruch überhaupt ausgeschlossen ist. Die Geringfügigkeit des Mangels ist nicht zu verwechseln mit der Geringfügigkeit der Preisminderung, die der Käufer wegen des an sich erheblichen Mangels vom Verkäufer verlangen kann.

5. **a)** Über die Wirkung einer Abtretung, wodurch der Käufer von Aktien, nachdem er diese ohne Schaden weiter veräußert hat, die Ersatzansprüche gegen seinen Verkäufer nachträglich auf seinen Abnehmer überträgt, handelt **RG. 59** 238 ff., JW. **05** 120. **b)** **RG.** BayRpflZ. **05** 262: Besondere Abtretung des Gewährleistungsanspruchs.

B. Abs. 2. Zusicherung. (JDR. **3** Ziff. I 3.) 1. **a)** OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 157: Aus dem Umstande allein, daß in der Quittung der Kaufgegenstand als „Sèvres-Vase" bezeichnet ist, kann eine Zusicherung der Echtheit nicht entnommen werden. **b)** **RG.** 10. 5. 05, JW. **05** 389: Gegenstand der Zusicherung braucht nicht eine gegenwärtige Eigenschaft des Verkaufsobjekts zu sein; bezieht sich die Zusicherung aber auf vergangene Tatsachen und Verhältnisse, so muß dieser frühere Zustand derart beschaffen sein, daß sich sein Fortwirken in die Zukunft unter unverändert bleibenden Verhältnissen nach menschlicher Voraussicht unbedenklich annehmen läßt. **c)** **RG.** 8. 10. 04, Gruchots Beitr. **49** 630 ff., DJZ. **05** 218: Als eine zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache ist es nicht anzusehen, wenn der Verkäufer beim Verkaufe von Stammaktien eines Bergwerks versichert, daß in diesem ein abbaufähiges Erzlager vorhanden sei, weil eine Beziehung zwischen der mangelhaften Beschaffenheit der Grubenfelder und den Aktien erst dadurch hergestellt wird, daß mit dem Papier auch das Recht verkauft wird (634). **d)** OLG. **11** 139 (Dresden): Bezeichnung eines vermieteten Ladens „für Fleischer konkurrenzlos" als Zusicherung.

2. **RG.** SeuffA. **60** 261 ff.: Der Verkäufer haftet für falsche Zusicherungen, die ohne sein Wissen von einem Dritten (Vermittler) dem Käufer gemacht worden sind, nicht.

3. **RG.** SeuffA. **60** 7 ff.: Der Grundsatz des **RG. 54** 219 (JDR. **2** Ziff. III 2a), daß das Versprechen einen Teil der vom Veräußerer zu übernehmenden Leistung darstellen muß, gilt sowohl bei Verträgen, die sich auf entgeltliche Veräußerung einer Sache, wie bei solchen, die sich auf unkörperliche Gegenstände beziehen.

§ 460. **RG.** R. **05** 471: Die Kenntnis der Mängel, welche von der Gewährleistung befreit, muß sich auch auf die rechtliche Bedeutung der Fehler erstrecken.

§ 462. 1. OLG. Dresden, SeuffA. **60** 271 ff.: Eine vertragsmäßige Wandelung ist zu unterscheiden von einer Umtauschvereinbarung; durch letztere verzichtet der Wandelungsberechtigte zwar nicht endgültig auf das von ihm behauptete Wandelungsrecht gegen das Umtauschversprechen des Gegners, wohl aber räumt er diesem das Recht ein, die Wandelung durch Lieferung eines fehlerfreien Kaufgegenstandes abzuwenden (274).

2. **a)** **RG.** DJZ. **05** 450: Das Recht auf Wandelung geht verloren, wenn der Käufer in einer solchen Weise mit der Kaufsache verfährt, daß nach Treu und Glauben aus seinem Verhalten die Zurücknahme der Rüge mit Notwendigkeit zu folgern ist. Benutzung einer gekauften Maschine im Betriebe enthält keinen Verzicht auf die Wandelung. **b)** SächsOLG. **26** 505 ff., SeuffA. **60** 222 handelt von einem Falle, in dem der Anspruch auf Wandelung aufrechterhalten blieb trotz andauernder Benutzung der Maschinenanlage durch den Käufer.

3. **RG.** JW. **05** 527: Es ist nicht zulässig, in den Fällen, in denen die Wandelungsklage rechtzeitig nicht erhoben werden konnte, weil der Käufer den Fehler erst nach Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt hat, nun auf die Anfechtung wegen Irrtums zurückzugreifen. Näheres o. Ziff. II 8 d zu § 119.

4. Recht des Verkäufers auf Nachbesserung der mangelhaften Kaufsache? (JDR. **3** Ziff. 5.) **a)** **RG** 6. 6. 05, **61** 92 ff., PuceltsZ. **05** 579 ff., RheinA. **101** II 125 ff.: Der Verkäufer kann durch Nachbesserung den

Wandelungsanspruch des Käufers nur in solchen besonders gearteten Fällen abwenden, wenn die Ausübung des Wandelungsrechts seitens des Käufers nur den Zweck haben kann, dem Verkäufer Schaden zuzufügen, oder der nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegende Inhalt des Vertrags dies bestimmt. **b)** Ebenso OLG. Cöln, RheinA. **101** I 60. **c)** Gegen ein Recht auf Nachbesserung OLG. Cöln 14. 6. 05, PucheltsZ. **05** 655, RheinA. **101** I 254 (s. a. o. § 242 Ziff. 4 d α).

5. **a)** **RG.** Holdheims MSchr. **05** 84: Eine Wandelungsklage, der vom Beklagten das unstreitige, vertragliche Recht auf Beseitigung der Mängel entgegengesetzt wird, ist abzuweisen, nicht aber der Beklagte unter Vorbehalt zu verurteilen. **b)** **RG.** IW. **05** 230: Die Wandelungsklage ist nur nach der Übergabe zulässig. **c)** OLG. Bamberg, SeuffBl. **05** 244: Die Veräußerung und die dadurch herbeigeführte Unmöglichkeit der Rückgewähr eines unerheblichen Teiles des Vertragsgegenstandes schließt die Wandelung nicht aus.

§ 463. Satz 2. Das arglistige Verschweigen kann nach *Hellbach, R. **05** 6 sowohl bei Abschluß des Vertrags, wie bei der Übergabe geschehen.

§ 464. **RG.** V 26. 10. 04, **59** 104 ff., IW. **05** 19: § 464 findet auch der Klage aus § 826 gegenüber Anwendung. Es wird mithin der Schadensersatzanspruch aus arglistigem Verschweigen eines Fehlers der verkauften Sache durch die vorbehaltlose Annahme der Sache in Kenntnis des Fehlers unter allen Umständen ausgeschlossen (106).

§ 465. 1. Rechtliche Natur der Wandelung (IDR. **3** zu § 465). **a)** *Herbst, BayRpflZ. **05** 441 ff.: Für alle Fälle der Wandelung, gleichviel ob der Käufer den Kaufpreis schon bezahlt hat oder nicht, ob er die mangelhafte Ware schon zurückgesandt hat oder ob sie sich noch bei ihm befindet oder vielleicht untergegangen ist, bildet nur die Erklärung des Einverständnisses mit der Wandelung die streitige Verpflichtung und ist stets, wenigstens primär, auf diese der Klagantrag zu richten. Jedoch hat der Mangel des ausdrücklichen Antrags auf Einwilligung in die Wandelung die Zurückweisung des allein erhobenen Leistungsanspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises, Rücknahme der Ware usw. nicht deshalb ohne weiteres zur Folge, weil diesem Anspruch eine wesentliche Voraussetzung und Vorbedingung fehle. Im Urteilssatze selbst ist jedoch die Einwilligung in die Wandelung auszusprechen **b)** Krückmann, SeuffBl. **05** 585 ff.: Die Wandelung als einseitiges Rechtsgeschäft ist praktisch bedenklich, weil sie den wandelnden Käufer, der gegenüber dem Leugnen des Verkäufers den Prozeß nicht zu erheben wagt, in die Hände des Verkäufers gibt. Die Analogie des obligatorischen Vertrags ist aber auch nicht richtig, wenngleich sonst die Vertragstheorie von **RG.** **59** 97 ff. unwiderleglich als die richtige nachgewiesen ist. Die Wandelung ist contractus sui generis, die Einwilligung des Verkäufers wirkt zurück. Das Datum der Erklärung des Käufers ist maßgebend, auch wenn es zu einem Urteile kommt. Dies „setzt" nicht die Erklärung des Verkäufers (ZPO. § 894), sondern ersetzt sie bloß. Damit verschwindet die ganze aus der Vertragstheorie herausgelesene Schwierigkeit. Man kann auch sagen: Solange der Käufer die Berechtigung seiner Wandelung nicht beweist, sind ihre Wirkungen suspendiert. Der gerichtliche Beweis wird durch das Einverständnis des Gegners ersetzt. Hieraus ergibt sich im Gegensatze zum RG., daß der Käufer sein Wandelungsrecht nicht verliert, wenn er nach seiner Wandelungserklärung die Ware schuldhaft beschädigt. Hierfür spricht auch die Analogie des Gläubigerverzugs.

2. **RG.** II 21. 10. 04, **59** 97 ff., IW. **05** 18: Aus § 465 ist zu entnehmen, daß die Wandelung nicht schon durch einseitige Erklärung des Wandelungsberechtigten gegenüber dem anderen Teile, sondern erst durch das Zustandekommen

einer Willenseinigung des Verkäufers und Käufers über die Wandelung vollzogen wird (98).

§ 467. 1. Wandelungsklage, wenn das gekaufte Grundstück bereits versteigert ist (JDR. 3 Ziff. 1). **a)** Oertmann, DJZ. **05** 516 ff.: Die Zwangsversteigerung des empfangenen Gegenstandes schließt die Möglichkeit der Rückgabe ebensowenig aus wie die Veräußerung; sie ist für die wirksame Geltendmachung des Wandelungsanspruchs (Rücktrittsrechts) gänzlich einflußlos, und es bedarf nicht der Untersuchung, ob der Wandelungs-(Rücktritts-)Berechtigte die gegen ihn verhängte Zwangsversteigerung „verschuldet" habe (518). Der trotz der Zwangsversteigerung zulässige Rücktritt löst die im § 346 angeordneten beiderseitigen Pflichten zur Rückgewähr aus (519). Sodann wendet sich Oertmann gegen RG. **54** 219 ff. (JDR. **2** Ziff. 3 a) und erklärt es für eine ganz willkürliche Annahme, in dem für den Rücktrittsberechtigten endgültig und unabänderlich gewordenen Unvermögen der Rückgabe eine objektive, nach §§ 351 ff. zu behandelnde Unmöglichkeit zu erblicken. Vgl. o. Ziff. 1 zu § 351. **b)** Oertmann, DJZ. **05** 522: Veräußerung und Zwangsversteigerung der Kaufsache nach vollzogener Wandelung sind, soweit sie ein endgültiges Unvermögen des Schuldners zur Rückgabe herbeiführen, geeignet, den Verzug und damit die Anwendbarkeit des § 354 auszuschließen. Dies allerdings nur, wenn der Käufer den Beweis erbringt, einmal, daß die Veräußerung oder Zwangsversteigerung nicht als verschuldet anzusehen, zum anderen, daß durch sie, wegen Untunlichkeit des Rückerwerbes, die Herausgabe der Sache an den Verkäufer ausgeschlossen sei. Erbringt der Käufer diesen Beweis nicht, so kann der Verkäufer sowohl nach § 354 die Wandelung unwirksam machen, als auch, nach Wahl, den Käufer auf Rücklieferung oder, wegen vertretbarer Unmöglichmachung einer infolge der vollzogenen Wandelung entstandenen Verpflichtung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. **c)** Aus der Praxis. α. RG. V 15. 10. 04, **59** 93: Der Umstand, daß das zu wandelnde Grundstück zur Zwangsversteigerung gekommen ist, schließt die Wandelungsklage nicht aus. (Ebenso RG. **50** 188, **54** 219, **56** 258, 267.) Vielmehr kommt es darauf an, ob denjenigen, der nicht mehr in der Lage ist, das Grundstück zurückzugeben, ein Verschulden oder wenigstens ein überwiegendes Verschulden an der Zwangsversteigerung trifft. Vgl. o. Ziff. 2 und 3 zu § 351. β. RG. BayRpflZ. **05** 242: Der zur Rücknahme des Grundstücks verpflichtete Verkäufer, der es nach Rücktritt des Käufers vom Vertrage nicht zurückgenommen und für Abwendung der Zwangsversteigerung nicht gesorgt hat, trägt an dieser Schuld. γ. RG. V 9. 11. 04, **59** 155: Ist der Käufer wegen eines Mangels des gekauften Hauses zur Abnahme nicht verpflichtet und hat er infolgedessen auch die von ihm übernommenen weiteren Anzahlungen auf den Kaufpreis nicht zu leisten, so ist eine infolge der Nichtzahlung des Kaufpreises bewirkte Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht auf Verschulden des Käufers zurückzuführen, gleichgültig, ob sie durch seine Vertragsleistung hätte abgewendet werden können oder nicht.

2. RG. II 21. 10. 04, **59** 99, JW. **05** 18, PucheltsZ. **05** 16 ff.: Die Vorschriften des § 351 sind auf die Wandelung in der Weise entsprechend anzuwenden, daß statt der Rücktrittserklärung des Berechtigten die Vollziehung der Wandelung gemäß § 465 als diejenige Handlung anzusehen ist, bis zu welcher ein Verschulden der im § 351 bezeichneten Art den Ausschluß des Wandelungsrechts zur Folge hat.

3. OLG. **10** 176 (Kiel): Die Kosten der Bevollmächtigung eines Dritten, der als Vertreter des Käufers abschließt, wie auch die Gebühren des vom Käufer mit der Vermittelung beauftragten Mäklers sind gewöhnlich zu den Vertragskosten zu rechnen.

4. RG. R. 05 224: Der Verkäufer, dem der Kaufpreis in Wertpapieren bezahlt worden ist, hat im Falle der Wandelung grundsätzlich die Wertpapiere, wenn aber die Parteien sich geeinigt haben, daß an Stelle der Papiere deren Wert zu ersetzen sei, den Kurswert und nicht den Nennwert zurückzuerstatten, ohne Rücksicht darauf, ob die Papiere bei der Zahlung zum Nennwert oder Kurswert auf den Kaufpreis angerechnet waren.

§ 468. RG. JW. 05 530, GruchotsBeitr. 50 373: Eine Zusicherung der Größe eines Grundstücks ist nicht anzunehmen, wenn nichts weiter vorliegt, als daß beide Teile wissen, wie groß das Grundstück nach dem Grundbuche sein soll, auch wenn sie die Absicht haben, es in dieser Größe zu veräußern und zu erwerben.

§ 469. a) OLG. Karlsruhe, BadRpr. 05 14: Sind eine Partie Bretter als zusammengehörig verkauft, so können diese als solche als fehlerhaft zurückgewiesen werden, ohne daß eine Aussortierung der beanstandeten Partien erforderlich wäre. b) OLG. Colmar, ElsLothZ. 05 564: Die Wandelung betrifft die ganze fehlerhaft gelieferte Anlage, wenn die hierzu gelieferten einzelnen Stücke nicht ohne Nachteil für den Wandelnden von den übrigen getrennt werden können und auch nicht feststeht, worin der Fehler der Anlage zu suchen ist.

§ 472. 1. Fraenkel, DJZ. 05 405: Die Vollziehung der Minderung hat in einem entsprechenden Verhältnisse der Höhe des bar angezahlten und des gestundeten Kaufgeldes stattzufinden.

2. OLG. Dresden, SächsA. 15 533: Bei der Kaufpreisminderungsklage wegen unrichtiger Angabe des Mietertrags des verkauften Hauses ist der Minderwert in der Art zu berechnen, daß als mangelfreier Zustand des verkauften Grundstücks dessen Wert anzusehen ist, der sich aus der Kapitalisierung des zugesicherten, augenblicklichen Ertrags ergibt, als wirklicher Wert nur der Betrag, der durch Kapitalisierung des tatsächlich beim Vertragsabschlusse gegebenen Erträgnisses gefunden wird.

3. Über Berechnung des Schadens gegen einen Bevollmächtigten, der sich beim Verkaufe eines Grundstücks arglistig benimmt, RG. 61 250 ff., JW. 05 685; s. o. Ziff. 2 c zu § 249.

§ 476. 1. *Beer, DJZ. 05 668 ff.: Die in notariellen Kaufverträgen (namentlich im Rheinlande) häufige Formel: „ohne Gewähr für Flächeninhalt und Beschaffenheit der Gebäude" bringt den Ausschluß der Gewähr für die katastermäßige Größenangabe wie für Mängel der Gebäude mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdrucke.

2. RG. R. 05 77: Gewährleistungsausschluß beseitigt auch Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums über Eigenschaften.

§ 477. 1. RG. R. 05 78: Ablieferung im Sinne des § 477 liegt nur dann vor, wenn der Erwerber die tatsächliche Möglichkeit erlangt, durch einen streng einseitigen Akt sich sofort den Gewahrsam der Sache zu verschaffen. Durch ein bloßes constitutum possessorium wird eine Ablieferung nicht bewirkt.

2. RG. Holdheims MSchr. 05 24: Die kurze Verjährung des § 477 greift auch im Falle der Lieferung einer anderen als der bedungenen Sorte derselben Ware Platz. Ebenso OLG. Hamburg, SeuffA. 60 194.

3. OLG. Colmar, ElsLothZ. 05 1: Ein Schadensersatzanspruch wegen Lieferung eines Samens von geringerer Ertragsfähigkeit als der bei der Sorte sonst gewöhnlichen verjährt auch dann in 6 Monaten seit der Ablieferung, wenn jener Mangel vom Käufer innerhalb der Verjährungsfrist nicht entdeckt werden konnte.

4. OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. 2 28 hat arglistiges Verschweigen nicht angenommen in einem Falle, in dem vom Verkäufer vertragswidrige Ware abgesandt wurde in der Erwartung, der Käufer werde den Mangel nicht erkennen.

5. **RG.** JW. **05** 200: Bei Verlängerung ohne Zeitbestimmung ist die 30jährige Verjährung als gewollt anzusehen.

§ 478. **RG.** V 9. 11. 04, **59** 150, JW. **05** 46, PosMSchr. **05** 24, DJZ. **05** 218: In der Erhebung der Wandelungsklage von seiten des Käufers ist eine Anzeige des Mangels zu erblicken, denn unter einer solchen im Sinne des § 478 ist jede Erklärung zu verstehen, welche geeignet ist, den Mangel zur Kenntnis des Verkäufers zu bringen (152). In der Klagezurücknahme ist nicht auch stets eine Zurücknahme der Mängelanzeige zu erblicken (154).

§ 479. Marcus, R. **05** 40, führt gegen **RG. 56** 167 ff. (JDR. **3** zu § 479), aus: Der Wortlaut des § 479 deutet eine Beschränkung der Verwertung der Einrede aus dem konservierten Schadensanspruche zur Kompensation nur gegen den Anspruch aus dem gleichen Kaufgeschäfte durchaus nicht an. Der Käufer, dem dieser entstanden, kann damit aufrechnen, trotz der Verjährung, gegen jeden Anspruch seines schadensersatzpflichtigen Schuldners, sobald dieser ihm wieder als Gläubiger gegenübertritt.

§ 480. 1. *Hellbach, R **05** 7: Der Käufer kann nicht deshalb Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, weil der Verkäufer fahrlässigerweise eine fehlerhafte Sache geliefert hat. Der Verkäufer begeht aber damit unter Umständen eine unerlaubte Handlung.

2. **a**) **RG.** SeuffA. **60** 349, Holdheims MSchr. **05** 113: Beim Gattungskaufe liegt Nichterfüllung des Vertrags vor, wenn beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des Verzugs die Annahme der angelieferten Ware mit Recht wegen vertragswidriger Beschaffenheit verweigert und Ersatzware gemäß § 480 verlangt, diesem Anspruch aber nicht entsprochen wird. **b**) **RG.** SächsA. **15** 60 ff., Holdheims MSchr. **05** 81: Der Gewährleistungsanspruch des Abs. 1 auf Leistung mangelfreier an Stelle der geleisteten mangelhaften Sache geht unmittelbar auf Leistung mangelfreier Ware, nicht erst auf Einwilligung zur Leistung einer solchen (62).

3. Abs. 2. **RG.** JW. **05** 492: Wenn auch bei der Mängelanzeige zunächst Lieferung mangelfreier Ersatzware verlangt worden ist, so kann doch noch, wenn der andere Teil dem widersprochen hat, mit dem Rechtsbehelf aus Abs. 2 variiert werden.

4. **RG.** JW. **05** 17 s. o. Ziff. 1 zu § 326.

§ 485. 1. **RG. 59** 153: Ungerechtfertigt ist der aus der Erwähnung der Klagerhebung im § 485 gezogene Schluß, daß diese hier zu den nach § 478 Abs. 1 vom Käufer vorzunehmenden Handlungen als selbständige Handlung hinzutrete und nicht auch unter den dort aufgeführten Handlungen zu verstehen sei. AM. Planck (3) II 396 Bem. 1.

2. **a**) LG. Altona, SchlHolstAnz. **05** 293: Die Mängelanzeige muß den Hauptmangel bestimmt und namentlich bezeichnen. Ebenso LG. Gießen, HessRspr. **6** 37: Die Benennung der in die äußere Erscheinung tretenden Zeichen der Krankheit des Tieres genügt nicht. **b**) Dagegen OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 83: Nicht unter allen Umständen hat die Anzeige des Mangels in der Spezialisierung des Hauptmangels zu bestehen. Es muß vielmehr genügen, wenn die zur Zeit erkennbaren Symptome der Erkrankung des betreffenden Organs dem Gegner innerhalb der bestimmten Frist mitgeteilt werden.

§ 487. Abs. 1. **RG. 60** 234 ff., JW. **05** 285: Abs. 1 betrifft nach seinem Wortlaute und nach dem Zusammenhange des Gesetzes nicht die durch besondere Vereinbarung begründete Erweiterung der Haftung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Abs. 1 steht mithin nicht entgegen, daß bei dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften als Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Minder-

wert, den das gekaufte Tier wegen Fehlens der zugesicherten Eigenschaften hat, beansprucht und zuerkannt werden kann.

§ 492. **a)** LG. Frankfurt, NaumburgAK. **05** 43: Die Zusicherung des Verkäufers einer Kuh, daß sie binnen einer bestimmten Zeit kalben werde, fällt unter die Gewährfrist des § 485. (So auch Stölzle, IDR. **1** Ziff. 2 zu § 492.) Die Nichtannahme einer Gewährfrist führt zu der Annahme, daß der Anspruch auf Gewährleistung gemäß §§ 490, 492 verjährt sein kann vor Ablauf der Frist, binnen deren sich die Zusicherung erfüllen soll. Vgl. auch LG. Görlitz, BreslauAK. **05** 3. **b)** BraunschwZ. **05** 62 (Braunschweig): Im Falle des § 492 ist das Recht des Käufers, Zahlung zu verweigern, nicht von einer vorgängigen Anzeige abhängig. (Rehbein, BGB. I 335.) **c)** BraunschwZ. **05** 83 (Braunschweig): Beißen des Pferdes und mangelnde Zugfestigkeit sind Mängel, die die Brauchbarkeit des Pferdes zu dem gewöhnlichen Gebrauche beeinträchtigen.

III. Besondere Arten des Kaufes.

1. Kauf nach Probe. Kauf auf Probe.

Literatur: Muskat, Die Bedingung des reinen Wollens des Verpflichteten bei dem Kaufe auf Probe und bei anderen Verträgen, GruchotsBeitr. **49** 472—494. — Wichmann, Die Beweislast beim Kaufe auf Probe. Berlin 1905.

§ 495. 1. *Muskat, GruchotsBeitr. **49** 472 ff.: Alle bisherigen Versuche, die Geltung des Kaufes auf Probe mit dem Dogma der geschäftsvernichtenden Kraft der auf die Willkür des Verpflichteten gestellten Bedingung in Einklang zu bringen, mußten scheitern, weil das Dogma falsch ist. Das BGB. hat es beseitigt. Dem § 495 Abs. 1 liegt (auch für gleichgeartete Verträge, wie Dienst-, Lehr- und Mietvertrag auf Probe) das höhere Prinzip zugrunde, daß jene Bedingung rechtlich nicht anders als jede andere Bedingung zu behandeln ist.

2. Beweislast (vgl. Muskat und Rosenberg, IDR. **3** Ziff. 1 und 2). *Wichmann, Beweislast: **A.** Beweislast, ob Kauf nach Probe vorliegt: I. Wendet der Beklagte gegenüber der Kaufpreisklage des Verkäufers aus gewöhnlichem Gattungskaufe ein, er habe Waren besserer Qualität als mittlerer Art und Güte zu dem verlangten Preise nach Probe gekauft und verweigere wegen Nichtprobemäßigkeit Abnahme und Zahlung, so trifft die Beweislast den Verkäufer, es sei nichts von der Dispositivvorschrift des § 243 Abweichendes vereinbart (202/4). Ebenso trifft den Verkäufer bei seiner Kaufpreisklage aus einem Gattungskaufe nach Probe die Beweislast, welche Eigenschaften durch die Probe zugesichert wurden, wenn er behauptet, Waren besserer Qualität als mittlerer Art und Güte nach Probe zum Marktpreise verkauft zu haben, der Käufer aber einwendet, nur Waren mittlerer Art und Güte zum Marktpreise gekauft zu haben (205). II. Wendet der beklagte Käufer gegenüber der Kaufpreisklage des Verkäufers aus gewöhnlichem Spezieskauf ein, er habe die fragliche Spezies nach einer Probe gekauft und verweigere Abnahme und Zahlung wegen Nichtprobemäßigkeit, so hat er den Abschluß eines Kaufes nach Probe zu beweisen (206/7). **B.** Beweislast, ob probemäßig geliefert: I. Wenn streitlos Kauf nach Probe vorliegt, und die Kaufsache noch nicht als Erfüllung angenommen, so trifft a) beim Spezieskaufe den Käufer die Beweislast für die Nichtprobemäßigkeit, wenn er Abnahme und Zahlung wegen Nichtprobemäßigkeit verweigert (212/3); b) beim Gattungskaufe dagegen bei gleicher Sachlage den Verkäufer die Beweislast für die Probemäßigkeit der Waren (219/20). II. Ist die Kaufsache als Erfüllung angenommen, so trifft die Beweislast stets den Käufer. Ob Annahme als Erfüllung vorliegt, hat im Streitfalle der Verkäufer zu beweisen (221—224). **C.** Beweislast

hinsichtlich der Identität der Probe: I. Der aus einem Gattungskaufe nach Probe auf den Kaufpreis und Abnahme klagende Verkäufer hat die Identität der von ihm, bzw. die Nichtidentität der vom Käufer vorgelegten Probe zu beweisen; beim Spezieskaufe trifft bei gleicher Sachlage den Käufer die Beweislast für die Identität der von ihm, bzw. für die Nichtidentität der vom Verkäufer vorgelegten Probe (234—237; vgl. auch 233 f., 230 ff.). II. Ist die Probe einem Kontrahenten besonders gekennzeichnet zur Aufbewahrung übergeben worden, und er durch sein Verschulden nicht imstande, sie mit diesen Merkmalen wieder vorzulegen, so muß er den nach Vorstehendem sonst etwa seinem Gegner obliegenden Beweis der Identität führen (238—240). **D.** Beweislast hinsichtlich der Identität der Ware: Bestreitet der Verkäufer die Identität der ihm vom Käufer zur Verfügung gestellten mit der von ihm gelieferten Ware, so hat er die Nichtidentität zu beweisen. Anders bei Annahme als Erfüllung, sowie dann, wenn der Käufer die Waren nicht in der bis zur endgültigen Feststellung ihrer Beschaffenheit vereinbarten Verpackung vorlegen kann (241—244). **E.** Ist ein Kontrahent nach dem Vertrage zur Aufbewahrung der Probe verpflichtet, aber durch sein Verschulden außerstande, sie vorzulegen, so muß er den sonst etwa seinem Gegner obliegenden Beweis der Probemäßigkeit, bzw. Nichtprobemäßigkeit führen.

3. **a)** OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 69: Der Kauf auf Probe ist ein bedingtes Geschäft, weshalb, wenn ein solches vom Beklagten behauptet wird, dem Kläger der Beweis obliegt, daß das Geschäft pure abgeschlossen sei. **b)** OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 68: Der Umstand allein, daß beim Abschlusse des Kaufes eine Probe vorgelegt wird, macht denselben noch nicht zu einem Kaufe nach Probe. **c)** OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 68: Bei einem Kaufe auf Probe haftet der Käufer, sofern ihm nur die Sache überliefert worden ist, für jeden von ihm verschuldeten, insbesondere durch zweckwidrige Benutzung entstandenen Schaden, mag der Kauf unter einer auflösenden oder aufschiebenden Bedingung geschlossen sein.

§ 496. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 14: Auch ohne Vereinbarung ist bei dem Kaufe einer Maschine auf Probe im Zweifel anzunehmen, daß die Frist als Gebrauchsfrist nicht als fortlaufende Frist zu behandeln ist.

2. Wiederkauf.

§ 500. *Baring, SächsA. **15** 135, **14** 466: Auch für unnötiges, aber werterhöhendes Zubehör kann Ersatz gefordert werden. Für notwendige Verwendungen (gegen Dernburg) kein Ersatz.

3. Vorkauf.

§ 505. Abs. 2. KG., RheinNotZ. **05** 57, KGJ. **29** A 171: Wenn ein Vorkaufsrecht eintragungsfähig sein soll, so ist hierfür der im Abs. 2 bestimmte Inhalt notwendig. Nur bei dem obligatorischen Vorkaufsrecht ist anderweitige Parteivereinbarung zugelassen.

§ 514. KG., RheinNotZ. **05** 60, KGJ **29** A 171: Ist in einem Mietvertrage dem Mieter ein Vorkaufsrecht eingeräumt, so ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß die Partei übertragbar sei.

IV. Tausch.

§ 515. **RG.** JW. **05** 326 ff.: Für die Frage, ob ein Tausch oder doppelter Kaufvertrag vorliegt, kommt es auf die gebrauchte Redewendung nicht an (**RG.** **57** 266), sondern entscheidend ist vielmehr allein der objektive Inhalt des Vertrags.

Zweiter Titel. Schenkung.

Vorbemerkung: Zum 2. Titel ist besonders auf die Arbeit Haymanns hinzuweisen, der mehrfach zu selbständigen und beachtenswerten Ergebnissen kommt. Die

Praxis hat sich auch dieses Jahr nur wenig mit den Schenkungsparagraphen zu befassen gehabt. Zu gerichtlicher Beurteilung ist wiederum die Frage der Schenkung eines Sparkassenguthabens gelangt (§ 518 Ziff. 2). Von Bedeutung sind ferner die Entscheidungen des RG. zum Begriffe der Schenkung unter einer Auflage.

Literatur: Haymann, Schenkung unter einer Auflage nach römischem und bürgerlichem Rechte. Berlin 1905.

§ 516. 1. Die gemischte Schenkung (JDR. 3 Ziff. 1). Haymann a. a. O. 53: Die besondere Normierung der Schenkung unter einer Auflage im BGB. bliebe unverständlich, wenn hierin nichts läge, als ein Unterfall des negotium mixtum cum donatione. Denn gerade dieses wird im Gesetzbuche nirgends besonders erwähnt, natürlich nur deshalb, weil sich die hier maßgebende Normierung ohne weiteres aus dem besonderen kausalen Gepräge ergibt, das den einen Bestandteil der Gabe von dem anderen scheidet, aus dem besonderen Geschäftstyp, dem der eine oder andere Teil der Zuwendung begrifflich zugehört.

2. Aus der Praxis. **a)** **RG. 59** 426: Der formale Übergang eines Vermögensstücks vom Schenker auf den Beschenkten ist nicht eine Vermögensverminderung, wenn dadurch selbst diesem Vermögen materiell ein anderer entsprechender Wert zugewendet wird. A. a. O. 424 ff. handelt das RG. des weiteren darüber, ob es eine Schenkung ist, wenn die Gründer und einzigen Aktionäre einer Aktiengesellschaft nachträglich die Gründungskosten zu tragen versprechen. **b)** BayObLG. **5** 466 ff.: Einer Schenkung, die sofort Kraft erlangen sollte, nimmt der Umstand, daß sie in Voraussicht des nahen Todes gemacht wird, nicht den Charakter einer Schenkung unter Lebenden.

3. *Hedemann, ABürgR. **27** 156 ff., über das Verhältnis des von einer Potestativbedingung begleiteten Schenkungsversprechens (ich schenke, wenn Du dies oder jenes tust) zur synallagmatischen Verknüpfung der eigenen Leistung mit dem vom anderen Teile erwarteten Tun.

§ 518. 1. *Schreiber, SächsA. **15** 583: In der Bestellung oder Aufgabe einer Sicherheit liegt, auch wenn es sich um Sicherheit für fremde Schuld handelt, nur ausnahmsweise eine Schenkung. Bei der Bestellung einer Sicherheit wird die etwaige Liberalitätsabsicht gewöhnlich im Interesse des Schuldners betätigt, für den man interzediert, nicht aber dem Gläubiger zuliebe; dann erscheint der Abschluß des Sicherungsvertrags beim Mangel des animus donandi inter partes nicht als Freigebigkeitsakt. Das Versprechen der Aufgabe einer pfandrechtlichen Sicherheit aber könnte ein Schenkungsversprechen nur dann sein, wenn der Gläubiger bei der Aufgabe sich der Unmöglichkeit anderweiter Realisierung seiner Forderung bewußt wäre. Wer sich auf das Vorliegen eines Schenkungsversprechens beruft, hat hier den Beweis dafür zu führen, da Leistung und Aufgabe einer Sicherheit mangels Angabe eines besonderen, als Äquivalent erscheinenden Rechtsgrundes noch nicht Schenkungsakte sind, vielmehr nur unter ganz bestimmten weiteren Voraussetzungen; deshalb abwegig **RG. 48** 136 (vgl. auch u. Ziff. 1 §§ 780 ff.).

2. Schenkung eines Sparkassenguthabens (JDR. 3 Ziff. II 2). OLG. Naumburg, NaumburgAK. **05** 33: Die Schenkung eines Sparkassenguthabens wird durch Übergabe des Einlagebuchs gültig vollzogen, auch wenn der Beschenkte die Gelder erst nach dem Tode des Schenkers erhält.

3. OLG. Dresden, ZBlFG. **6** 215, über Schenkung einer Villa, die der Schenkgeber erst von einem Dritten kauft.

§ 525. 1. **a)** Über Natur und Begriff der Auflage zugunsten des Beschenkten handelt Haymann 22 ff. **b)** Haymann 140: Schenkungsauflage im Sinne der §§ 525 ff. ist nur der obligatorisch wirksame modus, nicht die

Zweckbestimmung, welche der Schenker im eigenen Interesse des Beschenkten seiner Gabe mitgibt. Die Erfüllung dieser letzteren ist überhaupt keine Leistung an den Schenker, sie kann daher der Schenker weder im Sinne des § 525 verlangen, noch kann der Beschenkte hinsichtlich ihrer eine Einrede nach § 526 geltend machen; auch kann davon von vornherein keine Rede sein, daß im Falle ihrer Nichtbefolgung der Schenker nur unter den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen sein Geschenk zurückfordern könnte. Denn diese Voraussetzungen können hier niemals statthaben, da die hierfür maßgebenden §§ 325, 326 BGB. ein Schuldverhältnis zwischen dem Rücktrittsberechtigten und seinem Gegner voraussetzen, das eben im Falle der Auflage zugunsten des Beschenkten nicht gegeben ist. Natürlich folgt aber hieraus nicht, daß der Schenker bei Zuwiderhandlung gegen eine bindende Zweckbestimmung überhaupt nicht kondizieren könne, sondern nur, daß über die Voraussetzungen solcher Kondiktion seinem eigenen Sinne nach nicht § 527, sondern § 812 zu entscheiden hat. **c)** Haymann 65: Von besonders praktischer Bedeutung ist der modus bei Gutsübergabeverträgen. **d)** Haymann 171: Der Anspruch aus der Schenkungsauflage von öffentlichem Interesse geht durch Konfusion unter, der Schenker kann statt seiner etwas anderes als Erfüllung annehmen, er ist Konkursgläubiger und kann durch Zwangsvergleich teilweise, durch Erlaß eines rechtskräftig gewordenen ihn abweisenden Erkenntnisses völlig um seinen Anspruch kommen, mag dessen Verwirklichung den sachlich gerechtfertigten Aufgaben der Gemeinschaft dienlich sein oder nicht. Dies alles ergibt sich mangels einer abweichenden Regelung des Gesetzbuchs mit zwingender Notwendigkeit aus dem Umstande, daß der Schenker auf Grund der Auflage Gläubiger des Beschenkten ist und in unserem geltenden Privatrechte dem Gläubiger über ein Forderungsrecht, dessen Inhalt das öffentliche Interesse berührt, grundsätzlich die gleiche Verfügungsmacht zusteht, wie über irgendeinen anderen Anspruch.

2. Abs. 2. **a)** Haymann 183 will den der Schenkungsauflage im öffentlichen Interesse gewährten Schutz analog auch auf die Maßgabe von gleicher Bedeutung ausdehnen, die zur Einschränkung eines entgeltlich veräußerten Rechtes bestimmt ist. **b)** Haymann 171 ff.: Auch die zuständige Behörde kann nach dem Tode des Schenkers die Vollziehung der Auflage von öffentlichem Interesse fordern. Da das Gesetzbuch andere Personen, denen neben der Behörde in jenem Zeitpunkte diese Befugnis zukäme, nicht nennt, sondern nur voraussetzt, so können mit diesen neben der Behörde berechtigten Personen nur diejenigen gemeint sein, welche auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze hierzu berufen erscheinen: die Erben, auf welche als Gesamtnachfolger des Schenkers auch dessen Anspruch auf Vollziehung der Auflage (mag diese das öffentliche Interesse berühren oder nicht) übergegangen ist. Der Abs. 2 des § 525 beweist somit gegen die Ansicht derer, welche aus der Wahl des Wortes „Vermögen" im § 1922 schließen wollen, daß nur geldwerte Rechte der Beerbung unterlägen. Wäre diese Auffassung die des Gesetzes, so würde in fast allen Fällen nach dem Tode des Schenkers nicht auch die Behörde die Vollziehung der Auflage fordern können, sondern sie allein wäre zu dieser Aufgabe berufen.

3. Aus der Praxis. **a)** **RG. 60** 238 ff., JW. **05** 287, RheinNotZ. **05** 151: Zum rechtlichen Wesen der Schenkung unter einer Auflage gehört der Bereicherungszweck nicht. — Die Bestimmungen der §§ 525—527 bilden mit dem § 516 ein zusammengehöriges Ganze. Danach steht außer jedem Zweifel, daß, auch bei einer Schenkung unter einer Auflage, der ganze Gegenstand aus dem materiellen Rechtsgrunde der Schenkung in das Vermögen des Beschenkten übergeht und daß dieser Gegenstand auch zu dem Wertsteil ein an den Bedachten geschenkter ist, der durch den Wert der Auflage gedeckt und aufgewogen wird. **b)** **RG. 60**

240: Die bei einer Schenkung gemachte Auflage kann auch in einer Leistung an den Schenker bestehen.

§ 526. Haymann a. a. O. 119: Gerade weil der § 526 eine culpa des Schenkers nicht voraussetzt, könnte man daran denken, den dem Auflagepflichtigen hier gewährten Schutz dem im § 307 gewährten Anspruch auf das negative Vertragsinteresse zur Seite zu stellen. Aber auch so bliebe unerklärt, aus welchem Grunde der § 526 dem Beschenkten ein Verweigerungsrecht auch dann erteilt, wenn ihm beim Abschlusse des modalen Schenkungsgeschäfts der Mangel des Geschenks bekannt war. Diese eigentümliche Ausdehnung des Schutzes des Beschenkten auf einen Fall, in welchem selbst dem Käufer eine Berufung auf einen Mangel seines Erwerbes nicht gestattet wird (§§ 439, 460), wird nur verständlich, wenn man die eigentümliche Aufgabe berücksichtigt, welche die Schenkungsauflage nach ihrem eigenen Sinne zu erfüllen hat. Gewiß dient die Schenkungsauflage den Zwecken des Schenkers, aber nach dem Sinne des Geschäfts doch nur zur Befriedigung eines Bedürfnisses, das für den Schenker erst infolge des durch die Gabe eintretenden Verlustes überhaupt erwachsen konnte.

§ 527. 1. Haymann **a)** 124 ff.: Liegen die besonderen Voraussetzungen des § 526 BGB. nicht vor, so kann sich der Beschenkte nach Vollzug der Schenkung der Pflicht, die Auflage zu erfüllen, grundsätzlich nicht mehr entziehen. In dieser Hinsicht gelten einfach die allgemeinen Sätze über Schuldverhältnisse, insoweit diese nicht einen gegenseitigen Vertrag voraussetzen. Hervorgehoben sei, daß der Auflagepflichtige nach § 276 für omnis culpa haftet, so insbesondere im Falle des Verzugs oder nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung. Hat die Auflageleistung keinen Geldwert, so wird der Schenker gut tun, sich für den Fall der Nichtvollziehung eine Konventionalstrafe oder den Rücktritt von der Schenkung auszubedingen. Denn unser Gesetzbuch hat die gemeinrechtliche Kondiktion wegen Nichtbefolgung der Schenkungsauflage nach § 527 nur insoweit zugelassen, „als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen". **b)** 144 ff.: Aus der ratio dieser Bestimmung ergibt sich in Übereinstimmung mit ihrem Wortlaute, daß die Kondiktion nur hinsichtlich derjenigen Auflagen statthaben soll, deren Vollziehung einen bestimmten Aufwand erheischt und zwar einen Aufwand, der nach der Intention des Geschäfts aus den Mitteln des Geschenks bestritten werden soll. Der Bruch einer Auflage, die dem Beschenkten nur eine bestimmte Ausübung der ihm zugewandten Rechtsmacht untersagt, ihm nur einen bestimmten Gebrauch des Geschenks verbietet, kann somit nicht zur Kondiktion nach § 527 führen; denn hier ist von einer Verwendung des Geschenks zur Vollziehung des modus keine Rede, wenn auch das Gebot der Unterlassung nicht ohne die Zuwendung der betreffenden Rechtsmacht gedacht werden kann. Gleichgültig hingegen ist, ob die Auflageleistung für sich betrachtet Tauschkraft und damit Geldwert besitzt, oder ob auch nur der Schenker an ihrem Eintritt ein Vermögensinteresse hat; gleichgültig ist ferner, ob zur Vollziehung der Auflage eine Entäußerung des geschenkten Gegenstandes erforderlich ist oder ob der Beschenkte das Geschenk behalten soll und dasselbe nur in den Dienst des Auflagezwecks zu stellen gehalten ist. Schließlich ist auch für die Anwendung des § 527 unerheblich, ob der geschenkte Gegenstand in natura oder ob sein Wert zur Vollziehung der Auflage verbraucht werden muß. Nur das ist erforderlich, daß der zur Erfüllung der Auflage erforderliche Aufwand als in dem Geschenke, genauer in dem Werte des Geschenks *enthalten* von den Parteien gedacht worden ist, daß dieser Aufwand aus den Mitteln, die der geschenkte Gegenstand, sei es unmittelbar, sei es nach seinem wirtschaftlichen Ertrag, darbietet, bestritten werden sollte und somit im Sinne der Parteien als ein Abzug von der Gabe erscheint.

2. **RG. 60** 241, JW. **05** 286, RheinNotZ. **05** 151: Die Schenkung unter

einer Auflage unterscheidet sich dadurch scharf vom gegenseitigen Vertrage, daß bei ihr rechtlich nur ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht und daß bei ihr nicht ein gegenseitiger Austausch und eine gegenseitige Ausgleichung zweier Leistungen stattfindet. Die Bestimmung des § 527 über das Rückforderungsrecht ändert hieran nichts.

§ 530. 1. Haymann 139ff.: Fehlt es an dem Tatbestande des § 530, so kann der Schenker seine Gabe nur nach Maßgabe des § 527 BGB. zurückfordern. Dieser Anspruch ist selbstverständlich ebenso aktiv und passiv vererblich, wie die römische condictio ob causam. Da nach § 527 der Schenker nur unter den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen kondizieren kann, so folgt hieraus nach zwingendem argumentum e contrario, daß eine Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn die Auflageleistung infolge eines von dem Beschenkten nicht zu vertretenden Umstandes (§ 276) unterbleibt. Der Beschenkte behält in diesem Falle die Gabe und wird von seiner Verpflichtung nach § 275 BGB. befreit.

2. *Weyl, Verschuldensbegriffe 591 Note 5: § 530 ist auf juristische Personen unanwendbar, da diese Bestimmung offenbar nur an physische Personen denkt und die Identität des Schuldigen und des von den Nachteilen Betroffenen ins Auge faßt.

3. Abs. 1. *Weyl, Verschuldensbegriffe 331: „Sich schuldig machen“ weist nicht auf ein intellektuelles Verschulden im engeren Sinne, sondern auf eine moralische Verantwortlichkeit hin. „Undank“ im Falle des Verschuldens im weiteren Sinne (384), „schwere Verfehlung“ ein Unterfall des Undanks, daher enthält Abs. 1 einen Pleonasmus (385). Über den Begriff der Verfehlung, der sich als Sammelbezeichnung darstellt, s. 372ff. Ob eine Verfehlung „schwer“ ist, ist Sache des uneingeschränktesten richterlichen Ermessens (243ff.).

4. **RG.** BayRpflZ. **05** 203: Handlungen, die sich äußerlich als solche des groben Undanks darstellen, können doch aus inneren Gründen entschuldbar sein.

Dritter Titel. Miete. Pacht.

I. Miete.

Vorbemerkung: Der rechtlichen Natur des Schrankfachvertrags, die schon in früheren Jahren den Gegenstand von Untersuchungen gebildet hatte (vgl. bes. JDR. 2 Ziff. 1a zu § 535), haben sich im Berichtsjahre verschiedene Autoren zugewandt. Besonders ist der Selbstbericht des Reichsgerichtsrats Düringer (u. Ziff. I 1a zu § 535) zu beachten. Im übrigen werden eine Reihe für die Praxis besonders wichtiger Spezialfragen aus dem Mietrecht erörtert; es soll hier nur hingewiesen werden auf die Untersuchungen von Oertmann und Berndorff über die Rechtslage, wenn Mietverträge durch die Ehefrau mitunterzeichnet werden (§ 535 Ziff. IV u. Ziff. 1 zu § 564), auf Josefs Miete möblierter Zimmer (§ 535 Ziff. I 2 a), auf die die Zwangsvollstreckung in das Recht des Mieters betreffenden Ausführungen Paechs (§ 535 Ziff. II) sowie auf die verschiedenen Zweifel und Bedenken, die sich bei Anwendung der wichtigen §§ 566 und 570 ergeben. Aus dem Berichte über die Praxis heben sich die zahlreichen, aus den besonders in den Großstädten so häufigen Mietstreitigkeiten hervorgegangenen Urteile der Oberlandesgerichte hervor, welche die verschiedensten, oft recht eigenartigen Fragen des einzelnen Streitfalls behandeln. Betreffs des § 573 und seiner Anwendbarkeit auf die im Wege der Zwangsvollstreckung ergehenden Verfügungen hält das RG. in einer neuen eingehend begründeten Entscheidung (**59** 177 ff.) seine Ansicht aufrecht (JDR. **3** Ziff. I 1). Von Bedeutung für die Anzeigepflicht des Mieters aus § 545 ist auch die Entscheidung des **RG. 59** 162.

Literatur: Adler, Die Bankdepotverträge nach ihrer zivilrechtlichen Seite. Berlin 1905. — Berndorff, Ist bei einem von zwei Ehegatten als Mieter abgeschlossenen Mietvertrage die Kündigung des Mannes ausreichend, um das Mietverhältnis für beide Teile

aufzulösen? R. 05 132. — Bruck, Die Obhutspflicht des Mieters und seine Haftung für Dritte, besonders Familienangehörige und Dienstboten, ABürgR. 27 110—133. — Brückner, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters im Streite mit den (nachstehenden) Ansprüchen eines Pfändungspfandgläubigers, insbesondere Art und Zeit seiner Geltendmachung, R 05 180—183. — Buck, Der Mangel der vereinbarten Schriftform bei § 566 BGB, R. 05 278—279. — Düringer, Die Verwahrung im Schrankfache des Bankiers, BankA. 5 66—69. — Fuld, Preisaufschlag bei Hotelzimmern, wenn die Mahlzeiten anderwärts eingenommen werden, R. 05 425. — Josef, Die Miete möblierter Zimmer mit Beköstigung, der Pensionsvertrag und die Einwirkung des Zuschlags auf das Zubehör des Mietgrundstücks, GruchotsBeitr. 49 737—766. — Koban, Die gesetzliche Bürgschaft der §§ 571 und 1251 BGB. Innsbruck 1905. — Kuhn, Bezieht sich § 573 BGB nur auf freiwillige Verfügungen oder auch auf Zwangsvollstreckungen? DJZ. 05 65. — Metzges, Das Vermieterpfandrecht gegenüber der Zwangsvollstreckung, GruchotsBeitr. 49 495—509. — Michels, Die Kündigung von Mietverträgen, die ohne die gesetzliche erforderliche Schriftform geschlossen sind, RheinANB. 05 82 ff. — Mitteis, Grundstückverpachtung durch den Scheineigentümer, in zwei Fragen aus dem Bürgerlichen Rechte, Dekanatsprogramm. Leipzig 1905. — Oertmann, Mitunterzeichnung des Mietvertrags durch die Ehefrau des Mieters, DJZ. 05 1079—1083. — Paech, Die Zwangsvollstreckung in das Recht des Mieters auf Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache, ABürgR. 26 7—33. — Steiner, Verhältnis der Miet- und Pachtzinspfändung zur Immobiliarvollstreckung, BayRpflZ. 05 161. — Tauber, Wirksamkeit mündlicher Abänderungen eines schriftlichen Mietvertrags über ein Grundstück, GruchotsBeitr. 49 238—256.

§ 535. I. Sachmiete und ähnliche Verträge. 1. Der Schrankfachvertrag (JDR. 2 Ziff. 1 a). **a)** *Düringer, BankA. 5 66 ff.: Es liegt ein Verwahrungsvertrag, kein bloßes Mietverhältnis vor, da nicht die Miete eines bestimmten Raumes, sondern die Verwahrung im Tresor Kern und Inhalt des Vertrags bildet. Nur aus dem Verwahrungsvertrage lassen sich die besonderen Verpflichtungen des Bankiers hinsichtlich der Sicherheit und Überwachung des Tresors und hinsichtlich der Kontrolle über die Benutzung des Schrankfachs erklären. Deshalb auch kein Vermieterpfandrecht des Bankiers. Eigenartig und schwierig sind die entstehenden Besitzverhältnisse, deren richtige Erkenntnis aber für Eigentumsübertragung, Verpfändung, Zwangsvollstreckung unerläßlich ist. Zwischen Bankier und Kunden besteht hinsichtlich des Depots ein unmittelbarer Mitbesitz. Da der Bankier seinen Mitbesitz aber nur für den Kunden ausübt, so ist der Kunde, insoweit der Bankier besitzt, zugleich mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB.). Zur Verpfändung des Depots an den Bankier genügt einfache Willenseinigung, da der Bankier bereits Mitbesitz hat (§ 1205). Zur Verpfändung des Depots im Tresor an einen Dritten ist aber Übertragung des mittelbaren Besitzes, Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Bankier und Anzeige von der Verpfändung an diesen erforderlich (§ 1205 Abs. 2); außerdem muß der Kunde in diesem Falle dem Dritten auch seinen unmittelbaren Mitbesitz einräumen, was dadurch geschieht, daß er ihm den Schlüssel für das Schrankfach ausfolgt und ihm unter Offenbarung des Paßworts Vollmacht zur Benutzung des Tresors ausstellt. Dementsprechend erfolgt auch die Zwangsvollstreckung. Der Anspruch des Kunden gegen den Bankier als Verwahrer auf Herausgabe des Depots muß gepfändet werden. Außerdem muß sich der Gerichtsvollzieher durch Wegnahme des Schlüssels des Schuldners in den (unmittelbaren) Mitbesitz setzen. Hatte der Bankier zur Zeit der Verpfändung selbst ein Pfandrecht an dem Depot, so braucht er es nicht herauszugeben. Der Bankier bestimmt in diesem Falle den Zeitpunkt des Verkaufs, und es sind für diesen die besonderen Bedingungen maßgebend, welche der Bankier zulässigerweise mit dem Kunden vereinbart hat. **b)** *Adler, Bankdepotverträge 30 ff.: Der Schrankfachvertrag stellt eine Kombination von Miet- und Verwahrungsvertrag dar. Mangels einer konkreten Vereinbarung ist die Lösung der Tresordepotverträge von der Einhaltung der im BGB. geregelten Kündigungs-

fristen abhängig. Tresordepotverträge können, auch wenn sie für längere Zei, als ein Jahr gelten sollen, formlos abgeschlossen werden (33). Gegen Heinricit GruchotsBeitr. **44** 820 ff. (JDR. **1** Ziff. 2 zu § 865) wird von Adler 34 beim Tresordepot Mitbesitz zwischen Bank und Tresorinhaber angenommen. **c)** Marcus, Holdheims MSchr. **05** 252: Als vermietete Sache ist bei den Schrankfachverträgen der durch das Fach abgeteilte Raum des schmiedeeisernen Schrankes, letzterer als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gemäß § 94 oder nach § 97 als Zubehör des letzteren gedacht, anzusehen. Es handelt sich also um Immobiliarmiete, was wegen des Rechtes der Bank aus § 559 praktisch von erheblichem Belang. — Über die Frage, wer Besitz an dem Inhalte des Schrankfachs hat, a. a. O. 253, ebenso wie Wolff, JDR. **1** Ziff. 2 zu § 865.

2. **a)** Möblierte Zimmer. Josef, GruchotsBeitr. **49** 737 ff.: In dem einheitlichen Vertrag über die Miete eines möblierten Zimmers sind nicht mehrere Verträge enthalten, sondern der Vermieter schuldet die Gewährung des Gebrauchs der Möbel sowie die Reinigung und Beheizung des Zimmers zwecks Erfüllung der Zimmermiete. Verpflichtet sich aber der Vermieter des Zimmers für den einheitlichen Entgelt noch zur Gewährung von Beköstigung in irgendwelchem Umfange sowie ferner zur Besorgung von Ausgängen und dergleichen, so ist in dem einheitlichen Vertrage neben der Zimmermiete noch ein Kauf- sowie ein Dienstvertrag enthalten (gemischte Miete). Die Einheitlichkeit des Vertrags hat zur Folge, daß Mängel der Erfüllung, auch wenn sie nur einen seiner Bestandteile betreffen, auf den ganzen Vertrag einwirken (739 ff.). Gesetzliche Vorschriften über die Miete, die sich als Sondervorschriften des Mietrechts kennzeichnen, z. B. über die Einwirkung des Todes, finden bei der gemischten Miete nicht schlechthin auf sämtliche Bestandteile des Vertrags Anwendung (746 ff.); hier ist vielmehr rechnerisch zu ermitteln, wieviel von der einheitlichen Vergütung auf die einzelnen dem Mieter geschuldeten Leistungen kommt.

b) Pensionsvertrag. α. Josef, GruchotsBeitr. **49** 757 ff.: Eine Abart der gemischten Miete ist der Pensionsvertrag; seine Bestandteile sind gleichfalls Wohnungsmiete, Dienst- und Kaufvertrag. Der Pensionär erlangt aber an dem ihm zugewiesenen Raume und den ihm überlassenen Gebrauchsgegenständen nicht Besitz (760), und da eine „Überlassung" des Zimmers an den Pensionär nicht stattfindet, tritt der Erwerber des Grundstücks, wenn der Pensionsgeber (Eigentümer) es veräußert, nicht kraft Gesetzes in irgendwelche dem Pensionsgeber obliegenden Rechte und Pflichten ein. β. Sepp, Leibrentenvertrag 107 wendet sich gegen die von Eccius, GruchotsBeitr. **45** 15 vertretene Ansicht, den Pensionsvertrag als Leibrentenvertrag zu bezeichnen. Es liege vielmehr ein Dienstvertrag vor, auf den ergänzend für die Leistung der Pension die für die Leibrente als solche geltenden Sätze in Betracht kommen.

II. Zwangsvollstreckung in das Recht des Mieters. *Paech, ABürgR. **26** 7 ff.: Das Recht des Mieters auf Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache ist nach heutigem Rechte der Zwangsvollstreckung regelmäßig entzogen. Insoweit es aber übertragbar ist, ist es auch pfändbar. Dies ist der Fall mit hinzutretender Erlaubnis des Vermieters zur weiteren Gebrauchsüberlassung (nicht bloß Aftervermietung), deren generelle Erteilung genügt. Das Ersuchen des Vermieters um Vollstreckung in das Gebrauchsgewährungsrecht des Mieters macht dieses Recht stets pfändbar, es müßte denn gerade der Ausschluß der Gebrauchsüberlassung vertragsmäßig als Bestandteil des Vertrags vereinbart worden sein. Dabei ist es gleichgültig, ob die die Vollstreckung veranlassende Forderung des Vermieters eine solche auf Mietzins oder eine sonstige Geldforderung ist. Die Zwangsvollstreckung selbst geschieht durch Pfändung des Gebrauchsgewährungsrechts mit daran schließender Veräußerung

des Rechtes selbst. Die Wirkungen der Pfändung bestehen darin, daß dem Mieter jede für den Vollstreckungsgläubiger nachteilige Verfügung über das Gebrauchsgewährungsrecht untersagt ist. Die Veräußerung des Gebrauchsgewährungsrechts begründet dessen Übergang auf den Erwerber, auch wenn dies der Vermieter selbst ist. Infolge dieses Überganges erhält der Erwerber einen Anspruch auf die Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Sache gegen den Vermieter. Ist dieser selbst der Ersteigerer, so bekommt er gegen seinen Mieter einen Anspruch auf Herausgabe des Mietobjekts an sich selbst, auch wenn der Vermieter Vollstreckungsgläubiger, insbesondere wegen einer vollstreckbaren Mietzinsforderung war. Eine Lösung des ursprünglichen Mietverhältnisses tritt durch diesen Rechtsübergang in keinem Falle ein, selbst dann nicht, wenn das Recht auf den Vermieter übergeht. Danach bleibt der Mieter namentlich zur Fortentrichtung des Mietzinses verbunden, während der Vermieter andererseits berechtigt ist, dem Erwerber des Gebrauchsgewährungsrechts alle Einreden entgegenzusetzen, die ihm überhaupt dagegen zustehen.

III. Fuld, R. 05 425 ff.: Mit dem Augenblick, in welchem der Gast das Zimmer zu dem ihm genannten Preise genommen hat, ist der Mietvertrag bezüglich dieses zustande gekommen, und es besteht für den Hotelier kein Recht, die Bedingungen dieses Vertrags einseitig zu ändern, es sei denn, daß er sich dieses Recht vorbehalten hat. Eine einseitige Änderung der Bedingungen liegt aber in der Erhöhung des Zimmerpreises für den Fall, daß die Mahlzeiten anderwärts eingenommen werden. Der Hotelier kann sich nicht auf einen bezüglichen Zimmeranschlag berufen, denn der Inhalt desselben ist nicht zur Vertragsbedingung gemacht worden. Der Hotelier kann sich auch nicht darauf berufen, daß der Gast nach Kenntnisnahme von dem Anschlage verpflichtet gewesen wäre, das Zimmer für den folgenden Tag zu räumen, falls er sich mit dem Inhalte nicht hätte einverstanden erklären wollen; denn auch hierzu war der Gast nicht verpflichtet, weil einseitige Änderungen des Vertragsinhalts von ihm nicht beachtet zu werden brauchen. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Gast den Zimmerpreis mit dem Hotelier überhaupt nicht vereinbart, sondern sich stillschweigend der Normierung des Preises unterwirft. Dann unterwirft er sich auch den Bedingungen, welche der Hotelier für die Normierung festsetzt, und kann auch gegen den Aufschlag nichts einwenden, jedenfalls nicht mehr von dem Augenblick an, in welchem er von dem Anschlage Kenntnis genommen hat, gleichwohl aber in dem Hotel geblieben ist.

IV. Mitunterzeichnung des Mietvertrags durch die Ehefrau. Oertmann, DJZ. 05 1079 ff.: In denjenigen Fällen, in denen eine Ehefrau nach dem erkennbaren Sinne oder gar schon nach dem Wortlaute des Mietvertrags als Mieterin selbständig neben ihren Ehemann hat treten wollen und sollen, entsteht für die Gatten in Recht und Pflicht ein Gesamtmietverhältnis, bei dem die besondere Beziehung des einzelnen Anteilnehmers in Entstehung, Inhalt und Dauer grundsätzlich von den Ereignissen in der Person des anderen unabhängig ist. Ist als Mieter in dem Vertrage nur der Ehemann allein aufgeführt, während die Frau den Vertrag nur am Schlusse hinter ihm mitunterzeichnet hat, so tritt die Ehefrau durch ihre Mitunterschrift allerdings in ein wahres Mietverhältnis, in Recht und Pflicht einer Mieterin ein. Aber ihr Mietverhältnis ist, weil nur zur Sicherung der Ansprüche des Vermieters gegen den Ehemann geschaffen, in Entstehung und Fortbestand von dessen Mietverhältnis abhängig. Die Frau ist Mieterin neben dem Manne, aber sie ist es nach dem erkennbaren Vertragszwecke nur, weil und soweit der Mann Mieter ist; mit dem Mietrechte des Mannes, einerlei aus welchem Grunde und auf wessen Anstoß es erlöschen möge, erreicht auch die Miete der Ehefrau ohne weiteres ihr Ende. Über die Frage der

Kündigung derartiger Mietverträge a. a. O. 1082. S. JDR. **3** Ziff. 1 zu § 564 und u. § 564 Ziff. 1; vgl. auch o. zu § 421 Ziff. 1 und § 432 Ziff. 1.

V. Aus der Praxis. 1. **a)** **RG.** V 28. 12. 04, **59** 327: Das Recht des Mieters ist obligatorischer Natur. (Ebenso **RG. 54** 233.) Mit der Übergabe der Mietsache entwächst das Recht des Mieters dem reinen Obligationenrechte (328). **b)** OLG. **10** 255 (KG.): Positive Vertragsverletzung ist die ernsthaft gemeinte Erklärung des Vermieters, der Vertrag sei nicht zustande gekommen. Die hierin liegende Vertragsverletzung ist der Mieter gegen den Vermieter berechtigt geltend zu machen.

2. **a)** OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 155: Durch eine Pfändung der Mieten verliert der Vermieter nicht die Verfügungsbefugnis über den Mietvertrag und das dadurch begründete Rechtsverhältnis. **b)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 168: Abtretung künftig erst entstehender Mietforderungen ist zulässig.

3. **a)** OLG. Köln, PuckeltsZ. **05** 207, RheinA. **101** I 42: Es kann als eine stillschweigende Vereinbarung des über eine Mietwohnung in einem Neubau bewußt abgeschlossenen Mietvertrags angesehen werden, daß der Mieter die nicht über das Maß des Üblichen hinausgehenden Beschwerden, wie mäßige Feuchtigkeit, zu ertragen und seinerseits in mäßigem Umfange zur Beseitigung der Ursachen mitzuwirken hat. **b)** KG., KGBl. **05** 39: Klauseln eines Mietvertrags, die dem beim Abschlusse des Vertrags erklärten Mietzwecke widersprechen, sind nichtig. **c)** OLG. **11** 141 (KG.): Formularmäßige Vertragsabreden, die zur Einschränkung der gesetzlichen Rechte des Mieters bestimmt sind, dürfen nicht ausdehnend ausgelegt werden.

4. **a)** KG., KGBl. **05** 39: Der Mieter hat auch Besitz derjenigen Stellen, die er benutzt und benutzen mußte, um die Vermietbarkeit seiner Zimmer kenntlich zu machen. **b)** **RG.** JW. **05** 267: Zur Anbringung von Reklameschildern für hausfremde Geschäftsbetriebe an der Frontmauer ist der Mieter nur unter besonderen Verhältnissen befugt.

5. **a)** OLG. Augsburg, BayRpflZ. **05** 327: Auch eine dem Mieter gehörige Sache kann unter Umständen diesem vermietet werden. **b)** OLG. **10** 167 (Hamburg) über den Ort, an dem im Zweifel die Miete zu zahlen ist. **c)** **RG. 59** 327 ff.: Auf schuldhafte Beeinträchtigungen des durch die Einräumung des unmittelbaren Besitzes vollzogenen Rechtes des Mieters findet § 823 Anwendung.

6. Überlassung einer Dreschmaschine wird als Werkvertrag, nicht als Sachmiete angesehen vom OLG. Zweibrücken, PfälzRpr. **2** 17; s. auch OLG. Königsberg, SeuffA. **60** 139, bereits JDR. **3** Ziff. 6 h α zu § 611.

§ 536. Entsprechende Anwendung bei der Haftbarkeit derjenigen, welche die ihrer Verfügung unterstehenden Räume dem öffentlichen Verkehre gewidmet haben, s. *Brückner, R. **05** 329 ff., 353 ff. bei § 823. Ziff. I 9 d α.

§ 537. **a)** OLG. **10** 162 (KG.): Durch den vertraglich vereinbarten Ausschluß der Gewährleistungs- und Schadensersatzpflicht wird die Pflicht des Vermieters, die Mietsache überhaupt und in dem wesentlichen Teile zu gewähren, nicht beseitigt. Von seiner Vorleistungspflicht ist der Vermieter nicht entbunden. **b)** OLG. **11** 139 (Dresden) über die in der Bezeichnung eines vermieteten Ladens „für Fleischer konkurrenzlos" liegende Zusicherung.

§ 538. **RG.** JW. **05** 46: Keine Haftung eines Reitstallbesitzers aus der Vermietung der in der Reitbahn befindlichen Stechvorrichtung, weil eine gewisse Gefahr mit jedem Sport verbunden sei.

§ 539. OLG. **10** 250 (Hamburg): § 539 ist auch anwendbar auf einen Vertrag, der zunächst auf 1 Jahr geschlossen, dann aber mehrmals stillschweigend verlängert war.

§ 541. **RG. R. 05** 78: Zur Unterscheidung, ob der Mieter aus Anlaß des Rechtes eines Dritten zum vertragsmäßigen Gebrauche der gemieteten Sache überhaupt nicht gelangt oder erst nachträglich des Gebrauchs verlustig gegangen ist, gibt so wenig der Wortlaut als der Grund der Bestimmung Veranlassung.

§ 542. 1. **a)** LG. Königsberg, PosMSchr. **05** 159: Der sein Kündigungsrecht aus § 542 ausübende Mieter hat außerdem einen Schadensersatzanspruch dafür, daß er infolge der Kündigung der Mietsache entbehrt oder durch Beschaffung einer neuen Mietsache Unkosten hat. Zu letzteren können unter Umständen auch die Umzugskosten gehören (vgl. JDR. **3** zu § 542). **b)** OLG. **10** 165 (Marienwerder): § 542 stellt sich lediglich als eine Anwendung der in den §§ 323 ff. enthaltenen allgemeinen Vorschriften dar.

2. **RG. JW. 05** 718: Wird ein vermietetes Gebäude durch Feuer ganz zerstört, so wird in der Regel das Mietverhältnis dadurch beendet. Es ist Sache des Vermieters, darzutun, daß die durch das Brandunglück herbeigeführte zeitweise Unmöglichkeit der Erfüllung nach Lage des Falles für den Mieter unerheblich ist. Liegt aber eine Unmöglichkeit im Sinne der §§ 323 ff. vor, dann kann der Mieter vom Vertrage zurücktreten und § 542 ist nicht anwendbar. AM. Titze, vgl. JDR. **2** Ziff. 1 b zu § 542.

3. **a)** OLG. **10** 163 (KG.): Einrichtung einer Krankenanstalt im Miethause kann einen Kündigungsgrund gemäß § 542 abgeben. **b)** KG., KGBl. **05** 31: Kündigungsrecht des Mieters wegen des Aufenthalts von Prostituierten in der Mietwohnung. **c)** OLG. **10** 256 (KG.) handelt über eine angemessene Nachfrist.

§ 544. 1. LG. Königsberg, PosMSchr. **05** 160: Der Mieter, der von dem außerordentlichen Kündigungsrechte des § 544 Gebrauch macht, hat keinen Anspruch auf Ersatz der zur Feststellung der gesundheitsgefährlichen Beschaffenheit der Mietwohnung aufgewendeten Kosten. AM. LG. Berlin, JDR. **3** Ziff. 2 b.

2. **a)** OLG. Bamberg, SeuffA. **60** 10: Eine in entfernter Zukunft liegende Gefahr ist nicht mehr als eine erhebliche anzusehen. **b)** LG. Düsseldorf, PucheltsZ. **05** 464 ff.: Eine Gefahr, die von vornherein erkennbar von vorübergehender Dauer, erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 544.

§ 545. **a)** **RG.** III 15. 11. 04, **59** 162, JW. **05** 47: Die bloße Tatsache, daß bestimmte Räume der vermieteten Wohnung von dem Vermieter jederzeit betreten werden können, beseitigt die Anzeigepflicht des Mieters nicht, da einerseits hierdurch die aus der Obhut der Sache von seiten des Mieters fließenden Pflichten nicht beseitigt werden, und andererseits aus jener Möglichkeit des Offenstehens der Räume für den Vermieter noch nicht immer notwendig folgt, daß er auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den Mangel oder die Gefahr, gegen die eine Vorkehrung erfordert wird, tatsächlich erkennt. **b)** **RG. JW. 05** 368: § 545 galt grundsätzlich auch nach ALR.

§ 547. 1. *Ruge, Wegnahmerecht 77: Die Wegnahme der Einrichtung kann nach § 226 unzulässig sein, da der Vermieter als Eigentümer der zum wesentlichen Bestandteile gewordenen Einrichtung durch die Wegnahme geschädigt wird (gegen Scherer); vgl. im übrigen Ruge bei § 258 Ziff. 1.

2. Abs. 2. **a)** OLG. **10** 251 (KG.): Die Festsetzung eines Rechtes des Mieters, Einrichtungen, mit denen er die Sache versehen hat, wegzunehmen, schließt eine Wegnahmepflicht nicht aus; diese ist im § 556 begründet. **b)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 15: Überläßt der alte Mieter dem neuen von ihm errichtete Gebäude, so erwirbt der neue Mieter hierdurch das Recht auf Wegnahme dieser Gebäude gegenüber dem vermietenden Grundeigentümer.

3. Auch bei notwendigen Verwendungen muß Geschäftsführung gewollt sein; s. *Baring u. zu § 670 Ziff. 1.

§ 548. 1. a) *Bruck, ABürgR. 27 117 ff. (s. a. o. zu § 278 Ziff. 1 d), untersucht, wann in der vom Mieter zugelassenen Einwirkung dritter Personen auf die Mietsache eine Erfüllung der Mietverbindlichkeit zu erblicken ist. Wenn Familienangehörige und Dienstboten des Mieters, während sie die Mietsache mitgebrauchen, als Hilfspersonen des Mieters anzusehen sind, dann hat der Mieter etwaige innerhalb einer Erfüllungshandlung vorgekommene Beschädigungen der Mietsache nach § 278 zu vertreten (123 ff.). b) *Bruck 133: Falls der Mieter aus zwei Gründen, nämlich dem Vertrag und der unerlaubten Handlung, haftet, so bleibt dem Vermieter die Wahl, welchen Anspruch er geltend machen will. Sie stehen in elektiver Konkurrenz. Jedoch kann damit nicht dem Mieter ermöglicht werden, aus der Haftung für die unerlaubte Handlung Entschuldigungsbeweise (§§ 831 ff.) herzuleiten, die ihm ohne Erhebung auch dieses Anspruchs gegen ihn verwehrt gewesen wären. Die schärfere Haftung des Spezialgesetzes § 548 geht vor. c) *Bruck 129: Zur Haftung aus § 548 ist nicht ein aktives Verschulden des Mieters erforderlich. Vielmehr reicht ein für die Verschlechterung ursächlicher, nicht vertragsmäßiger Gebrauch aus.

2. *Prym, Konkurrenz des Anspruchs aus d. Vertrage mit d. Anspruch aus unerlaubter Handlung 26 f.: Bei der Verschlechterung der Sache durch den vertragsmäßigen Gebrauch seitens des Mieters ist die objektive Widerrechtlichkeit ausgeschlossen. Es wird nicht durch § 548 zum Ausdrucke gebracht, das Verhalten entspreche noch der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt oder die Haftung für die Verschlechterung sei im voraus erlassen.

3. a) OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 42: Die Fassung des § 548 zeigt, daß dem Mieter der Beweis obliegt, daß die Verschlechterung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes eingetreten ist. Dagegen trifft im Bestreitungsfalle den Vermieter die Beweislast dafür, daß während der Mietzeit eine Verschlechterung eingetreten ist. AM. Dernburg, BGB. II § 219 Anm. 10; Goldmann-Lilienthal, BGB. Anm. 34 zu § 160. b) OLG. 10 251 (KG.): § 548 schließt den Anspruch des Vermieters auf Rückgabe der Sache, wie er sie dem Mieter übergeben hat, nicht aus, sondern schränkt ihn nur ein. c) OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Hptbl. 33: Der Mieter einer Schute haftet nicht für den Schaden, den diese durch Zusammenstoß mit einem anderen Schiffe erlitten hat, als sie sich im Schlepptau eines dem Mieter gehörigen Schleppers befand.

§ 549. 1. *Bruck, ABürgR 27 112 ff.: a) „Überlassen“ steht einer Erfüllung der Verbindlichkeit gleich, jedoch ohne notwendig positive Tätigkeit. Näheres a. a. O. 113. b) Familienangehörige, Dienstboten und Logiergäste haben nicht ohne weiteres selbständiges Recht an der Wohnung, sondern einen unselbständigen Mitgebrauch und zwar stets soweit sie Besitzdiener sind (114—116).

2. Die formlose Aufhebung von schriftlichen Mietvertragsabmachungen betr. § 549 erörtert Marcus, R. 05 562 an einem Rechtsfalle.

3. a) OLG. 11 141 (KG.): Ist dem Mieter Aftervermietung gestattet, dem Vermieter aber ein Auswahlrecht eingeräumt, so darf er dieses Recht nicht wider Treu und Glauben ausüben. b) KG., KGBl. 05 72: Der Vermieter ist nicht berechtigt, den Ausverkauf der Konkursmasse des Mieters in den Mietlokalitäten durch denjenigen, der die Masse vom Konkursverwalter erworben hat, zu verhindern.

§ 550. 1. *Weyl, Verschuldensbegriffe 337 ff.: Der Begriff der Vertragswidrigkeit ist lediglich objektiv zu verstehen und enthält nichts von einem Verschulden. Beweis 339. AM. Cosack, Crome, auch die Prot. II 305 ff.

2. *Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 9 ff.: Die Klage aus § 550 ist eine Klage auf fällige, nicht auf künftige Leistung. AM. Hellwig, Anspruch 6 und 395.

§ 551. Über den Ort für Zahlung des Mietzinses und Abtretung von Mietzinsforderungen s. o. § 269 Ziff. 3 u. § 535 Ziff. V 2 b und 5 b.

§ 552. OLG. **10** 254 (KG.): Der Vermieter braucht sich nicht im Interesse des Mieters zu bemühen, die Wohnung weiter zu vermieten, und kann sich seine Mieter aussuchen.

§ 554. OLG. **11** 142 (KG.): Nimmt der Vermieter die ungenügend frankierte Sendung der ganzen Miete an, so kann er den Räumungsanspruch nicht darauf stützen, daß von der Miete noch soviel, als das Porto betrage, rückständig sei.

§ 556. **a)** OLG. **10** 255 (KG.): Nimmt der Vermieter bei vorzeitiger Räumung die Mietsachen vom Mieter an, so gehen die Pflichten des Mieters, die sich aus dem Gebrauch und Besitz der Sache ergeben, auf ihn über. **b)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 103: Wenn der Vermieter das Haus verkaufen will, muß der Mieter Besichtigung gestatten, auch wenn ihm noch nicht gekündigt ist.

§ 558. 1. Abs. 2. *Ruge, Wegnahmerecht 77: Kommt der Anspruch nach § 258 erst nach der Beendigung des Mietverhältnisses zur Entstehung, weil der herausgabeberechtigte Vermieter erst später den Besitz erlangt, so bleibt es bei der Regel des § 198.

2. OLG. Dresden, SächsOLG. **26** 277 ff.: Die für Ansprüche des Pächters auf Ersatz von Verwendungen im § 558 geordnete kurze Verjährung greift bei allen aus Anlaß des Pachtverhältnisses vorgekommenen Verwendungen Platz, gleichviel ob die Ersatzpflicht des Verpächters auf den Pachtvertrag, auf Geschäftsführung mit oder ohne Auftrag oder auf Bereicherung gegründet wird (vgl. JDR. **3**).

3. OLG. Cöln, R. **05** 16: Die Verjährung des Anspruchs aus Verletzung der Mietsache als solcher ist nur nach § 558 zu beurteilen, § 852 kommt nicht in Betracht.

4. OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 388 = JDR. **3** Ziff. 4.
OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 19 = JDR. **3** Ziff. 3.

§ 559. 1. v. Blume, R. **05** 42/43: Das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters ist kein „Zurückbehaltungsrecht". — Ein solches kann auch vertraglich weder für die dem Pfandrechte des Vermieters kraft Gesetzes unterstehenden pfändbaren, noch für unpfändbare Sachen bestellt werden, sofern dem Vermieter nicht der unmittelbare Besitz an den qu. Gegenständen eingeräumt wird.

2. Josef, DJZ. **05** 212 f.: Das „laufende und das folgende Mietjahr" werden nicht von der Pfändung, sondern von der Zeit der Geltendmachung des Pfandrechts an berechnet. Vgl. LG. Frankfurt, FrankfRundsch. **39** 95 und OLG. Hamburg, JDR. **2** Ziff. II 2.

3. Eingebrachte Sachen des Mieters. (JDR. **1** Ziff. 1a.) **a)** OLG. Colmar, DJZ. **05** 368: Das Pfandrecht des Vermieters greift bloß Platz bez. der vom Mieter eingebrachten, ihm selbst gehörigen Sachen. § 1275 setzt das gesetzliche Pfandrecht als bereits entstanden voraus; § 1207 ist auf das gesetzliche Pfandrecht überhaupt nicht anwendbar. **b)** LG. I, KGBl. **05** 82: Ein Pfandrecht des Vermieters besteht auch an dem vom Mieter in die Mieträume eingebrachten baren Gelde. (Ebenso RG. SeuffBl. **68** 244.) Es ist unerheblich, ob es sich hierbei um in der sog. Tageskasse befindliches Geld handelt, solange wenigstens dieses Geld aus der Wohnung noch nicht entfernt ist. **c)** OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 265: Dem gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters oder Verpächters unterliegen nicht Sachen, welche auf Grund eines Miet- oder Pachtvertrags in Räumen eines Schiffes eingebracht sind.

4. OLG. **11** 143, KGBl. **05** 62 (KG.): Laufendes Mietjahr. Der maßgebende Zeitpunkt für das „laufende Jahr" kann jedenfalls nicht früher ge-

legt werden, als der Mieter Kenntnis von der Pfändung des Dritten erhalten hat (s. o. Ziff. 2).

§ 560. 1. *Metzges, GruchotsBeitr. **49** 495 ff.: a) Die im Zwangsvollstreckungsverfahren gemäß § 808 ZPO. erfolgte Wegnahme der eingebrachten, für einen Dritten gepfändeten Sachen durch den Gerichtsvollzieher ist keine Entfernung im Sinne des § 560, und bedarf es seitens des Vermieters keines Widerspruchs zur Erhaltung seines Pfandrechts. (Ebenso Kiefer, JDR. **2** Ziff. 1 a. AM. die dort unter b angeführte Praxis.) Das Pfandrecht erlischt erst mit dem öffentlichen Verkaufe der Sache gemäß § 1242 BGB. b) Der Pfandgläubiger kann den Vermieter nicht auf die zurückgebliebenen, zu seiner Sicherheit offenbar ausreichenden Sachen verweisen. Denn das Vermieterpfandrecht ergreift alle eingebrachten Sachen, soweit sie der Pfändung überhaupt unterliegen, ungeteilt. Dem Vermieter ist lediglich im Interesse des Mieters und des Verkehrs ein Widerspruch gegen die Fortschaffung der offenbar entbehrlichen Sachen versagt, im Verhältnisse zwischen Vermieter und Pfandgläubiger trifft dieses Verbot nicht zu.

2. **a)** KG., KGBl. **05** 97: Die Bestimmung des § 560 ist lediglich im Interesse des Mieters gegeben und kann nur von diesem geltend gemacht werden. **b)** OLG. **11** 310 (KG.): Hat der Vermieter sein gesetzliches Pfandrecht in ein Pfändungspfandrecht verwandelt, so wäre es eine unzulässige Einschränkung seiner Rechte, wenn man ihn auf die übrigen nicht gepfändeten Sachen verweisen wollte (s. Metzges o. zu 1 b).

§§ 560, 561. OLG. **11** 311 ff. (KG.): Die §§ 560, 561 sind nicht anwendbar, wenn der Vermieter wegen seiner Mietforderung einen vollstreckbaren Titel erlangt und Illaten gepfändet hat.

§ 561. 1. *Brückner, R. **05** 180 ff.: Wenn die dem Pfandrechte des Vermieters unterliegenden eingebrachten Sachen des Mieters für einen anderen Gläubiger des letzteren gepfändet und versteigert werden, so kann der Vermieter dies zwar nicht hindern, wohl aber a) bis zur Aushändigung des Erlöses an den genannten Gläubiger gegen diesen nach § 805 ZPO. eine Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös erheben, zur Sicherung dieses Anspruchs auch die einstweilige Anordnung der Hinterlegung beantragen; b) nach der erwähnten Aushändigung gemäß §§ 812, 816 BGB. mit einer Bereicherungsklage gegen den Pfändungspfandgläubiger auf Herausgabe des Erlöses, insoweit derselbe dem Vermieter gebührt und dem Gläubiger überwiesen ist, vorgehen.

2. Verhältnis des § 805 ZPO. zu § 561 Abs. 2 Satz 2 (JDR. **3** Ziff. 2). **a)** *Metzges, GruchotsBeitr. **49** 495 ff.: Die Fristsetzung des § 561 Abs. 2 Satz 2 bezieht sich entgegen der Annahme des KG. (JDR. **2** Ziff. 2 a) nach dem Wortlaut und Zwecke des Gesetzes nur auf solche Fälle, in denen die Verfolgbarkeit des Vermieterpfandrechts im Interesse des Verkehrs einer zeitlichen Schranke bedarf, in denen es sich also darum handelt, die Sache selbst von dem Pfandrechte zu befreien, es unterfällt ihr weder der Anspruch des Vermieters gegen den Pfandgläubiger auf Herausgabe des Erlöses (§ 805 ZPO.), noch auch der ihm gegen denselben unter Umständen zustehende Bereicherungs- oder Schadensersatzanspruch aus §§ 812, 823 BGB. **b)** Gegen die vom KG. vollzogene analoge Anwendung wendet sich auch Liepmann, DJZ. **05** 299, der nachweist, daß die für die Fristsetzung maßgebend gewesene Zweckbestimmung nicht auf die Fälle des § 805 ZPO. passe. Das dem Vermieter hiernach zugestandene Recht verlange gerade, weil es schwächer ist, als das ihm im § 561 Abs. 2 BGB. gegebene, keine Ausnahmevorschrift zum Schutze Dritter. **c)** OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 85: Die Klage aus § 805 ist nicht an die Frist des Abs. 2 gebunden.

3. Kraus, BayRpflZ. 05 172 f.: Abs. 2 bezieht sich nicht auf den Fall, daß der Gerichtsvollzieher die Sachen fortschafft, um sie für einen Pfändungsgläubiger zur Versteigerung zu bringen.

4. Verhältnis des § 561 zu § 229 (vgl. IDR. 2 Ziff. 1). RG. (Straff.) DIZ. 05 555: Das Pfandrecht des § 561 gestattet, die Entfernung des betreffenden Gegenstandes auch durch Gewalt, insbesondere z. B. auch durch Verschließen der Haustür zu verhindern, denn das dort gewährte Selbsthilferecht ist nicht an die Voraussetzungen des § 229 BGB. gebunden.

§ 564. 1. Kündigung von mit Eheleuten abgeschlossenen Mietverträgen (IDR. 3 Ziff. 1 u. o. § 432 Ziff. 1). Berndorff, R. 05 132 f.: Bei einem von zwei Ehegatten als Mieter abgeschlossenen Mietvertrag ist die mit Genehmigung der Ehefrau abgegebene Kündigung des Mannes ausreichend, um das Mietverhältnis für beide Teile aufzulösen. In der Regel kündigt bei einseitiger Kündigung durch den Mann dieser mit stillschweigender Zustimmung der Frau und für diese das Mietverhältnis. — Hat der Mann ohne Zustimmung bzw. Genehmigung der Frau gehandelt, so ist er dem Vermieter, der sich auf die Auflösung des Mietvertrags für beide Ehegatten verlassen hat und verlassen durfte, als falsus procurator gemäß §§ 179, 180 BGB. zum Schadensersatze verpflichtet.

2. OLG. Dresden, SächsA. 15 81 ff.: Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hat der Vermieter einer Wohnung dafür Sorge zu tragen, daß ihm eine Kündigung seines Mieters rechtzeitig zugehe (83).

3. Abs. 2. Betreffs der Beweislast s. Stölzel o. Ziff. 1 zu § 158 und u. zu § 609.

§ 565. Fürst, R. 05 589: Ein Mietvertrag kann vor seinem Inkrafttreten auf den Zeitpunkt des beabsichtigten Inkrafttretens gekündigt werden.

§ 566. 1. *Tauber, GruchotsBeitr. 49 238 ff.: Mündliche Abänderungen eines schriftlichen Mietvertrags über ein Grundstück, der auf längere Zeit als ein Jahr geschlossen ist, sind weder nichtig, noch bewirken sie die Nichtigkeit des ganzen Vertrags. Vielmehr ist zu unterscheiden: soll die Abänderung selbst nicht längere Zeit als ein Jahr gelten, so ist sie wirksam. Ebenso ist sie wirksam, wenn sie in der Aufhebung einer einzelnen Vertragsbestimmung oder einer teilweisen Aufhebung des ganzen Mietvertrags oder in dem Abschluß eines neuen, der Schriftform nicht bedürfenden Mietvertrags besteht. Keine Abänderung des Vertrags liegt vor, wenn die Parteien nur die Vereinbarung eines gunstweisen (prekaristischen) Gestattens beabsichtigen, wobei freilich dem Begünstigten die exceptio doli generalis hilft. Abänderungen des Vertrags im Rechtssinne sind nur vorhanden, wenn Bestandteile des Vertrags geändert oder neue Bestandteile dem Vertrag eingefügt werden. Die Bestimmung einer Leistung, die nach dem Willen der Parteien nicht Vertragsleistung sein soll, ist eine selbständige Abrede (pactum adiectum), die der Schriftform nicht bedarf. Soweit aber die von den Beteiligten als Abänderung angesehene Vereinbarung sich auch rechtlich als solche darstellt, ist Schriftform erforderlich. Der Mangel der erforderlichen Schriftform wirkt verschieden nach der Bedeutung der Veränderungsvereinbarung: handelt es sich objektiv oder nach dem Willen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Interessenten des Grundstückserwerbers um wesentliche Abänderungen von Essentialien des Vertrags, so gilt der gesamte Vertrag als mündlicher und unterliegt der vorzeitigen Kündigung. Dagegen ist die Abänderung eines unerheblichen Punktes oder die unerhebliche Abänderung eines Essentiale nach Analogie von § 139 auch bei mangelnder Schriftform rechtsbeständig. Wird der abgeänderte Vertrag vorzeitig gekündigt, so ist natürlich der ganze Mietvertrag beendigt; es gilt nicht etwa der ursprüngliche Vertrag (ohne die Abänderung) weiter.

2. Mangel vereinbarter Schriftform bei § 566. a) *Buck, R. 05 278: Während sonst der Abschluß eines formbedürftigen Vertrags erst vollendet ist, wenn die Parteien sich über alle wesentlichen Punkte geeinigt haben und der gesetzlich erforderten Form genügt ist (§§ 154, 125), ist der mehrjährige Mietvertrag bereits mit der formlosen Einigung zum Abschlusse gebracht, und es ist durch das Formerfordernis des § 566 ihm lediglich eine Grenze hinsichtlich der Zeitdauer gesetzt. Unzulässig ist es deshalb, aus der Tatsache, daß die Schriftform nicht erfüllt ist, zu schließen, er sei noch nicht endgültig zum Abschlusse gebracht. Ist aber schriftliche Beurkundung vereinbart, so ist die Erfüllung der vereinbarten Form im Zweifel auch Vorbedingung des endgültigen Abschlusses des Mietvertrags. Aus der Unterlassung der Beurkundung ist daher im Zweifel zu schließen, daß der Mietvertrag überhaupt noch nicht zustande gekommen ist (§§ 125, 154 Abs. 2). b) Helmer, R. 05 466, begründet mit neuen Argumenten die von ihm bereits früher (JDR. 3 Ziff. 3) mit Buck übereinstimmende Ansicht und wendet sich gegen das OLG. Kiel (JDR. 2 zu § 566), dessen Entscheidung er für unrichtig hält, da für die Formvorschrift des § 566 sowohl mit Rücksicht auf deren Zweck, wie auf deren Rechtsfolgen besondere Erwägungen eintreten müßten.

3. *Michels, RheinARV. 23 82 f.: Die erste Kündigung aus § 566 ist auf den Schluß des ersten Vertragsjahrs zulässig. Sie muß im Falle von § 565 Abs. 1 Satz 1 erfolgen spätestens in den ersten drei Tagen des Kalendervierteljahrs, dessen erster Tag mindestens drei Monate vor dem ersten Tage nach dem Vertragsjahre liegt, und so analog in den anderen Fällen des Abs. 1. Die späteren Kündigungen erfolgen nach Maßgabe des § 565 Abs. 1 zu den und auf die hier angegebenen Zeiten. Abänderungen können sich aus dem Ortsgebrauche dahin ergeben, daß diese Mietverträge, wenn sie von der ortsüblichen Zeit ab beginnen, auch nur, wie ortsüblich, gekündigt werden können.

4. Aus der Praxis. a) R. 05 431 (Colmar): Mündliche Nebenabreden zu einem der Schriftform bedürfenden Mietvertrag über ein Grundstück können wirksam sein. b) Satz 2. α. RG. 59 245 ff., JW. 05 42: Satz 2 schließt die bindende Kraft vereinbarter Kündigungsfrist, wenn nicht überall, so jedenfalls da aus, wo sie eine längere als die gesetzliche ist. β. OLG. 10 169 HansGZ. 05 Beibl. 51 (Hamburg): Satz 2 greift nicht Platz, wenn ein derart beschränkter Mietvertrag dem Willen der Parteien nicht entspricht. c) OLG. Braunschweig, JDR. 3 Ziff. 4a, jetzt auch BraunschwZ. 05 28 ff.

§ 568. OLG. 10 255 (KG.): Ist ein Mietvertrag für das Jahr 1902 dahin geschlossen worden, daß sich der Vertrag, falls die 6 Monate vor Ablauf desselben zu erfolgende Kündigung nicht stattgefunden hat, in allen Punkten auf 1 Jahr verlängert, so läuft derselbe, wenn nicht gekündigt wird, Ende 1903 ab.

§ 569. OLG. Hamburg, SeuffA. 60 62, OLG. 11 314: Das außerordentliche Kündigungsrecht der Erben des Mieters kann durch den Mietvertrag ausgeschlossen werden. Es bedarf hierzu keiner formell darauf abzielenden Erklärung, auch dadurch, daß den Kontrahenten beim Abschlusse des Vertrags § 569 noch nicht vor Augen stand, gewinnt der positive Inhalt ihrer Vereinbarung keine andere Bedeutung, als er in der gleichlautenden Bestimmung eines unter der Herrschaft des BGB. geschlossenen Vertrags zu beanspruchen haben würde.

§ 570. 1. a) Kraus, BayRpflZ. 05 103: Unter „Beamte“ sind dieselben Personen zu verstehen, welche nach § 359 StGB. als Beamte betrachtet werden. Der Versetzte kann das Mietverhältnis aufkündigen, sobald er in irgendeiner Weise von der Versetzung erfährt, er braucht jedoch erst zu kündigen, wenn ihm die Versetzung amtlich mitgeteilt ist. Vgl. auch OLG. 11 316 (Stettin), JDR. 1 Ziff. 3b. b) Hedemann, PrVerwBl. 26 945: Ein besol-

detes Magistratsmitglied, das zum Bürgermeister einer anderen Stadt gewählt ist, kann die Wohnung nach § 570 kündigen. Die Kündigung kann erklärt werden, wenn auch die Bestätigung der Wahl noch nicht erfolgt ist. Das Gesetz sagt nicht „nach erfolgter Versetzung", sondern „im Falle der Versetzung". Es genügt nicht, wenn jemand nur angefragt worden ist, ob er eine für ihn in Aussicht genommene Stelle anzunehmen bereit sei, aber es reicht aus, was bei regelmäßigem Verlauf mit Sicherheit zur wirklichen und endgültigen Versetzung führt.

2. **a**) OLG. **11** 319 (KG.): Der öffentlich-rechtliche Zweck des § 570 fällt bei der Neuanstellung eines Beamten fort, weil diesem keine Umzugskosten vergütet werden. **b**) OLG. **11** 315 (Stettin): Für die Anwendung des § 570 ist nicht der Wohnsitz oder Amtssitz maßgebend, sondern der tatsächliche Aufenthalt des Mieters. Der Begriff der Versetzung erfordert, daß der bisherige Aufenthaltsort dauernd oder doch für eine ungewöhnlich lange Zeit aufgegeben wird. Die gleichfalls über „Versetzung" handelnde Entscheidung des OLG. Dresden, JDR. **3** Ziff. 3, findet sich jetzt auch OLG. **11** 316—319, SächsOLG. **26** 80 ff.

§ 571. 1. *Mitteis 20 ff.: Wird ein Grundstück von einem durch grundbücherliche Eintragung oder Erbschein gemäß §§ 892, 893, 2366, 2367 legitimierten Scheineigentümer oder Scheinerben an einen Gutgläubigen unter Besitzüberlassung vermietet oder verpachtet, so wird dieser Mieter oder Pächter im Besitz resp. auch der Fruchtziehung auch gegenüber dem wahren Eigentümer oder Erben geschützt, ohne daß jedoch die obligatorischen Vertragsbeziehungen zwischen diesen einerseits, dem Mieter (Pächter) andererseits beständen. Nur muß der Mieter (Pächter), um gegen die Vindikation des wahren Eigentümers geschützt zu sein, diesem den künftig nach Maßgabe des Vertrags fällig werdenden Zins begeben. Im übrigen kann er sich wegen obligatorischer Ansprüche nur an den Scheineigentümer halten, der ihm, ohne die Rechtswohltat des § 571 Abs. 2 fortdauernd allein haftet; umgekehrt erlangt der wahre Eigentümer gegen ihn einen persönlichen Anspruch erst durch eine (allerdings erzwingbare) Anspruchszession seitens des Scheineigentümers, zu welcher auch dessen Konkursmasse verpflichtet ist.

2. *Tauber, GruchotsBeitr. **49** 256: Mündliche Abänderungen des schriftlichen Mietvertrags sind dem Grundstücksverwalter gegenüber in demselben Umfange wirksam wie dem Vermieter selbst gegenüber, gleichgültig, ob ihm ihr Vorhandensein bekannt war. Ist die „Abänderung" in Wahrheit der Abschluß eines neuen, an den ursprünglichen sich anschließenden Mietvertrags, der erst nach der Veräußerung zu laufen beginnt, so bestimmt sich die Verpflichtung des Erwerbers nicht nach § 571, sondern nach § 578. Die exceptio doli gegen Ausübung des Rechtes vorzeitiger Kündigung kann dem Erwerber nicht darum entgegengestellt werden, weil sie dem Vermieter entgegensteht. Denn der Erwerber ist nicht Singularsukzessor des Vermieters (etwa auf Grund gesetzlicher Zession), sondern übt die Rechte aus dem Mietvertrage kraft eigenen Rechtes, nämlich kraft seines Eigentums am Grundstück aus.

3. *Koban a. a. O. 7 ff.: Im Gegensatze zu älteren Rechten gilt der Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete", ohne daß eine Eintragung des Mietverhältnisses im Grundbuche erforderlich wäre; nur muß sich der Mieter zur Zeit der Veräußerung tatsächlich im Besitze der Mietsache befinden. Ganz überflüssig wäre aber die Eintragung im Grundbuche, welche nach BGB. unzulässig ist, doch nicht; sie hätte dann einen Zweck, wenn das Grundstück, wie es häufig geschieht, nicht schon sofort bei Abschluß des Mietvertrags, sondern erst später dem Mieter übergeben wird. Damit in diesem Falle dem Mietvertrage auch schon vor der Übergabe der Sache Wirksamkeit gegen Dritte verschafft werden könne, wäre de lege

ferenda die Zulässigkeit der Eintragung des Mietverhältnisses im Grundbuche zu befürworten (9 Note 3).

4. Josef, Miete möblierter Zimmer mit Beköstigung, GruchotsBeitr. **49** 761 ff.: Hat der Ersteher des vermieteten Grundstücks das Zubehör nicht durch den Zuschlag, sondern durch einen besonderen Vertrag vom Subhastaten erworben, so ist er zwar Eigentümer des Zubehörs geworden, aber nicht Vermieter betreffs des Zubehörs. Er kann dieses zwar vom Mieter nicht vor Ablauf der Mietzeit zurückfordern; die Rechte und Pflichten aus der Miete des Zubehörs bestehen aber weiter in der Person des ursprünglichen Verpächters.

5. **a)** OLG. **10** 252, HansGZ. **05** Beibl. 63 (Hamburg): Wenn der frühere Eigentümer sich für den Fall des Grundstücksverkaufs eine Kündigung vor Ablauf der Vertragsdauer vorbehalten hat, so kann auch der in den Mietvertrag eintretende neue Eigner von diesem Rechte Gebrauch machen. **b)** OLG. **10** 170 (KG.): Die Pfändung der Mieten wirkt auch dann, wenn der Mieter das Grundstück ersteht. **c)** OLG. **11** 145 (KG.) handelt über § 57 ZVG. und § 571 BGB.

Über die Bürgenhaftung bei wiederholter Veräußerung der Mietsache s. zu § 579 BGB.

§ 572. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 908, JW. **05** 80: Der Anspruch auf Herausgabe der Pachtkaution nach § 572 ist für den Erwerber eines verpachteten Gutes auch dann begründet, wenn die Kaution durch Hingabe einer Geldsumme gegen Verzinsung „zur freien Verfügung" des Verpächters geleistet worden ist.

§ 573. 1. **a)** Kuhn, DJZ. **05** 65, erachtet die Ansicht des **RG. 58** 181, nach der § 573 sich auch auf Zwangsvollstreckungen bezieht, für richtig (vgl. JDR. **3** Ziff. I 1). **b)** **RG.** III 20. 9. 04, **59** 177—199 übereinstimmend mit **RG. 58** 181.

2. Satz 1 trägt einem wirtschaftlichen Bedürfnisse des Vermieters Rechnung und gewährt ihm das Recht, über den künftigen Mietzins mit Wirksamkeit gegenüber dem Erwerber des Grundstücks zu verfügen.

3. *Steiner, BayRpflZ. **05** 161: Der Miet- und Pachtzinspfändungsgläubiger kann in Bayern während der Übergangszeit zwar dem Ersteher gegenüber den Zins für das zur Zeit des Zuschlags laufende und folgende Kalendervierteljahr beanspruchen (§ 573 Satz 1 BGB., § 57 ZVG., Art. 6 BayÜG.), er kann dagegen keinen Anspruch auf den Zins für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und folgende Vierteljahr gegenüber dem Hypothekengläubiger erheben. Dem Ersteher gegenüber wirkt eine zulässige Miet- und Pachtzinspfändung (gemäß § 57 ZVG., § 573 Satz 1 BGB.) in Ansehung der beiden Vierteljahre auch dann, wenn er mit dem die Zwangsverwaltung betreibenden dinglich Berechtigten identisch ist. Denn der auf die Zeit nach dem Zuschlage treffende Zins gebührt an sich dem Ersteher in seiner Eigenschaft als Eigentümer, nicht vermöge der hypothekarischen Haftung, welche ja mit dem Zuschlag aufhört; der Eigentümer kann sich aber der Vorausverfügung gegenüber nicht auf § 1124 Abs. 2 BGB. berufen. Die weitergehenden Wirkungen der Beschlagnahme des alten bayerischen Rechtes in Ansehung der Miet- und Pachtzinse werden nicht dadurch berührt, daß im Laufe eines anhängigen Immobiliarvollstreckungsverfahrens das Grundbuch für angelegt erklärt wird (§ 15 EGZVG.).

§ 578. *Tauber, GruchotsBeitr. **49** 259/60: Hat der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis übernommen, so sind mündliche Abänderungen eines schriftlichen Mietvertrags ihm gegenüber in demselben Umfange wirksam wie dem Vermieter gegenüber.

§ 579. *Koban a. a. O. 17 ff.: Daß bei wiederholter Veräußerung der Mietsache, wie der Schlußsatz dieser Gesetzesstelle anzuordnen scheint, lediglich der ursprüngliche Vermieter als Bürge im Sinne des § 571 Abs. 2 haften soll, ist unannehmbar. Denn dann würde, falls der Vermieter nach § 571 Abs. 2 (Schlußsatz) frei geworden, dem Mieter bei der zweiten und den folgenden Veräußerungen gar niemand als Bürge haften; ist hingegen der Vermieter gemäß § 571 Abs. 2 (Schlußsatz) nicht frei geworden, so würde er in höchst unbilliger Weise für den letzten Eigentümer gutstehen müssen, den nicht er, sondern der letzte Zwischeneigentümer ausgewählt hat. In beiden Fällen widerspräche das Ergebnis dem legislatorischen Motive des § 571 Abs. 2 BGB. Daher darf unter dem Worte „Vermieter" im letzten Satze des § 579 BGB. nicht nur der ursprüngliche Vermieter allein, sondern müssen auch die Zwischeneigentümer verstanden werden, durch deren Hand die Mietsache gegangen ist. Der ursprüngliche Vermieter und alle Zwischeneigentümer haften also dem Mieter gemeinsam als Bürgen im Sinne des § 571 Abs. 2. Jedoch liegt keineswegs ein Mitbürgenverhältnis vor, sondern eine gesetzliche Nachbürgschaft. Der letzte Eigentümer ist hinsichtlich aller Vermieterpflichten Hauptschuldner, der vorhergehende Zwischeneigentümer ist Bürge, jeder weitere Zwischeneigentümer sowie der ursprüngliche Vermieter tritt immer für seinen Nachmann im Eigentum als Nachbürge ein. So haftet jeder, wie es auch der Billigkeit und den praktischen Lebensbedürfnissen vollkommen entspricht, für den, den er sich als Eigentumssukzessor ausgewählt hat. Zufolge dieses Nachbürgenverhältnisses kann dann, obwohl dem Mieter gegenüber Solidarhaftung aller besteht, im Regreßwege die ganze Haftungslast immer gegen den gegenwärtigen Eigentümer hin abgewälzt werden. Vgl. hierzu auch u. zu § 1251 BGB.

§ 580. SchlHolstAnz. **05** 266 (Kiel): Auf Räume in beweglichen Sachen, abgesehen von den im § 95 gedachten Gebäuden, kann § 580 nicht bezogen werden.

II. Pacht.

§ 581. 1. SeuffA. **60** 436 (München): Beim Fischereipachtvertrag ist der Regel nach als Gegenstand der Verpachtung nicht ein Teil des Flusses, sondern die Berechtigung als solche, die „Selbstbenutzung der Fischerei" anzusehen (vgl. auch JDR. **2** Ziff. 1).

2. OLG. Kiel, SeuffA. **60** 140, OLG. **10** 171 handelt darüber, ob ein Vertrag, durch den die Bewachung und Instandhaltung von Toiletten übertragen worden ist, Pachtvertrag oder Dienstmiete darstellt. Näheres bereits JDR. **3** § 611 Ziff. 6 b γ.

§ 585. Weihrauch, DJZ. **05** 357 f.: Das Verpächterpfandrecht entsteht zwar erst mit der Trennung der Früchte. Die Entstehungszeit ist aber nach dem augenscheinlichen Willen des Gesetzes auf den Zeitpunkt zurückzudatieren, in welchem das Rechtsverhältnis, zu dessen Sicherung dieses gesetzliche Pfandrecht eingeführt ist, für beide Teile existent geworden ist. Das Verpächterpfandrecht steht demnach den vor der Trennung der Früchte nach § 810 ZPO. entstandenen Pfandrechten nicht nach. AM. Gaupp-Stein zu § 810 ZPO.

§ 589. **RG.** R. **05** 107: Erfüllungsort für die Schuldverbindlichkeit des Verpächters, dem Pächter im Falle des Abs. 3 bei Auflösung des Pachtverhältnisses den Mehrbetrag der Schädigungssumme zu ersetzen, ist nicht der Wohnsitz des Verpächters, sondern der Ort, an welchem der Verpächter die Hauptverbindlichkeit aus dem Pachtvertrage zu erfüllen hat.

§ 595. SeuffA. **60** 62 (Königsberg) über die Wirksamkeit der dem früheren Pächter und zugleich gesetzlichen Vertreter des jetzigen Pächters gegenüber erklärten Pachtkündigung.

Vierter Titel. Leihe.

Zu §§ 598 ff. Francke, Der Leihbetrieb der öffentlichen Bibliotheken und das geltende Recht (Berlin 1905), paraphrasiert die einschlägigen Bestimmungen mit Rücksicht auf die entsprechenden, durch den Titel angedeuteten Beziehungen.

§ 598. OLG. Colmar, EisenbE. **21** 166, R. **04** 447 Ziff. 1 Nr. 800: Das Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmer der Anlage einer elektrischen Leitung in einer Gemeinde und den Hausbesitzern, die der Elektrizitätsgesellschaft das Anbringen eiserner Träger auf den Hausdächern und die Herstellung der erforderlichen Verschalungsarbeiten gestatten, charakterisiert sich als Leihvertrag.

§ 601. *Baring — s. o. zu § 256 Ziff. 1 —: Geschäftsführung muß im Falle des Abs. 1 gewollt sein; s. u. zu § 670 (Erhaltungskosten s. zu §§ 994 ff.).

Fünfter Titel. Darlehn.

Literatur: Affolter, Das verzinsliche Darlehn, ABürgR. **26** 1-6. — Stölzel, Beweislast bei Streit über Darlehnskündigungskosten, BuschsZ. **35** 1—64.

§ 607. 1. Natur des verzinslichen und unverzinslichen Darlehns. — Affolter (s. a. o. zu §§ 325 ff. Ziff. 5) untersucht die Frage, ob das verzinsliche Darlehn gegenseitiger Natur sei; das unverzinsliche Darlehn ist einseitiger Natur. Die einseitige Verpflichtung betrifft den Darleiher, wie bei der Leihe den Verleiher. Die Einseitigkeit des Darlehns, der Leihe, der Verwahrung, der Pfanddargabe wird nicht dadurch verändert, daß eine Rückerstattungspflicht bzw. eine Zurücknahmepflicht besteht. Beim verzinslichen Darlehn verliert das Geschäft den Charakter der Gefälligkeitserweisung. Der Vertrag wird zum gegenseitigen Vertrage. Der Konsens enhält hier Versprechen und Gegenversprechen. (Ähnlich bei den anderen angeführten Geschäften.) Beim verzinslichen Darlehn ist Leistung die Dargabe des Kapitals, Gegenleistung die Entrichtung der Zinsen. Jede Verbindlichkeit kann zuerst erfüllt werden. Auch der Darlehnszins, bevor der andere Teil geleistet hat. Aus der Bejahung der obigen Frage ergibt sich: der Darleiher ist nicht gehalten, den Vertrag aufrechtzuerhalten, wenn ihm die Gegenleistung, der Zins, nicht gewährt wird; er kann nach erfolgloser Androhung vom Vertrage zurücktreten und seine Leistung samt rückständigen Zinsen zurückfordern.

2. Beweislast bei Schuldscheinen. S. IDR. **3** zu § 607 zu III. — **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 913 ff., IW. **05** 138 Nr. 15, R. **05** 193 Nr. 832. Stellen zwei miteinander in Geschäftsverbindung stehende Parteien eine notarielle Urkunde aus, in der sich der eine Teil zum Empfang eines Darlehns von 2000 M. bekennt, so ist dies dahin aufzufassen, daß das von der einen Partei Geschuldete als Darlehn geschuldet werden solle. Eine nähere Substantiierung oder ein Beweis ist von dem Gläubiger nicht zu erfordern, ihm kommt das urkundliche Schuldbekenntnis, wenn nicht als Anerkenntnis nach § 781, so doch als ein in dem Umwandlungsvertrage liegendes außergerichtliches Geständnis zustatten. Auch bleibt der Schuldner in vollem Umfange bezüglich des Betrags der wirklich geschuldeten Summe beweispflichtig. Durch die Schuldumwandlung hat dem Gläubiger zum mindesten auch eine Beweissicherung verschafft werden sollen. **b)** S. ferner **RG.** GruchotsBeitr. **49** 910 ff., IW. **05** 318 Nr. 4: Dem Schuldner liegt der Beweis über das Nichtbestehen von Forderungen ob, und es genügt zur Widerlegung des Bestehens der in ein Darlehn umgewandelten Forderungen weder das bloße Bestreiten des vom Gläubiger geltend gemachten Anspruchs aus dem Darlehn noch das Zugeständnis des Gläubigers, daß er ein bares Darlehn in dem anerkannten Betrage dem Schuldner nicht gegeben habe. Ein den Schuldner von seiner Beweispflicht befreiendes Zugeständnis würde nur in der Erklärung des Gläubigers gefunden werden können, daß er die umgewandelten Forderungen gegen den Schuldner nicht gehabt habe.

3. Abs. 2. **RG.** PosMSchr. **05** 128/9: Ummandlung von Geschäftsschulden in eine Darlehnsschuld in Verbindung mit einem selbständigen Zahlungsversprechen, — s. Näheres u. zu § 781 Ziff. 3.

4. **RG.** HansGZ. **05** Hptbl. 64: Eine Vereinbarung gemäß § 607 teilt die Ungültigkeit der Verbindlichkeit aus den Termingeschäften (**RG.** BankA. **2** 10 ff.).

5. BayObLG., R. **05** 617 Nr. 2538: Die Verpflichtung des Gläubigers, Kredit für einen Bau zu gewähren, und seine Erwartung, daß der Schuldner die Werte in den Bau verwenden werde, beruhen, von besonderen Verabredungen abgesehen, auf der Annahme, daß ein Bau geführt wird. Was zu einem Baue in diesem Sinne gehört, ist nach den besonderen jeweiligen Umständen vom Richter zu entscheiden. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die Herstellung des Baues in besonderem Maße als Zweck des Vertrags hervortritt und den Gegenstand eines besonderen Vertrauens des Gläubigers bildet.

§ 609. Nach *Stölzel weist die Fassung des Einganges von Abs. 1 nicht (so **RG. 57** 46 ff.) dem Beklagten im Streite, ob durch Abrede beim Vertragsschlusse die Kündigungsfrist verlängert ist, den Beweis der Abrede, sondern dem Kläger den Beweis der Nichtabrede zu. Bezöge sich der Eingang des Abs. 1 zugleich (so das RG.) auf Abs. 2, was dem Wortlaute nach unmöglich, so würde die Fassung auch in Fällen des Abs. 2 dem Kläger jenen Beweis aufzuerlegen verlangen. Unausweichliche Folge der seit 1884 vom RG. eingeschlagenen Richtung der Rechtsprechung (GruchotsBeitr. **29** 726 ff., JW. **03** 47), wonach der Kläger die Nichtabrede einer Fristgewährung zu § 271 BGB. zu beweisen hat, ist die Annahme der Beweislast des Klägers für die Nichtabrede einer Fristverlängerung in Fällen des § 609 Abs. 2.

§ 610. OLG. Stuttgart, WürttZ. **17** 158 ff., R. **05** 563 Nr. 2266: Der Anspruch aus dem pactum de mutuo dando ist gewöhnlich übertragbar. Vgl. *Abraham, Holdheims MSchr. **05** 273 ff. und o. zu § 399 Ziff. 1 c.

Zum sechsten und siebenten Titel.

Vorbemerkung: Die umfassende Arbeit G. Rümelins über den Dienst- und Werkvertrag ließ es angezeigt erscheinen — wie s. Zt. (JDR. **2** zu §§ 611 ff.) das Werk Lotmars — den eingehenden und wertvollen Selbstbericht dem 6. u. 7. Titel vorauszuschicken. Rümelin behandelt beide Vertragstypen von großen, umfassenden Gesichtspunkten und legt die Zusammenhänge und Unterschiede in ihrer grundsätzlichen Bedeutung offen. — Angeschlossen sind in dieser Vorgruppe gleich die Erörterungen von Heß und Baum, die gleichfalls viele dem ganzen Arbeitsvertragsrechte gemeinsame Gedanken voraussetzen.

Literatur: Baum, Die rechtliche Natur des kollektiven Arbeitsvertrags, GruchotsBeitr. **49** 261—275. — Heß, Einfache und höhere Arbeit. Eine sozialpolitische Untersuchung zum Arbeitsvertrage des BGB. (Abhdlg. des staatswiss. Seminars zu Jena, 2. Bd. 2. Heft). Jena 1905. — G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Zu §§ 611 ff., 631 ff. 1. *Rümelin. a) Begriffliches. Dienstvertrag und Werkvertrag. Der Unterschied von Dienst- und Werkvertrag wird, im Anschluß an den Wortlaut des Gesetzes allgemein dahin angegeben, daß bei dem Dienstvertrage die Dienstleistung als solche, bei dem Werkvertrage das Resultat derselben versprochen wird. Aber diese Unterscheidung erscheint nicht als ausreichend. Tätigkeit und Resultat derselben sind in unserer Vorstellung vielfach so ununterschieden verbunden, daß nicht immer sicher angegeben werden kann, ob die Gedanken der Kontrahierenden auf das eine oder das andere, auf Tätigkeit oder Erfolg gerichtet sind. Nur in zwei Fällen unterscheidet das gewöhnliche Denken sicher zwischen Tätigkeit und Erfolg, einmal dann, wenn die Tätigkeit nicht mit Sicherheit zu dem gewünschten Erfolge führt, ferner in dem

Falle, in dem eine umfangreichere, kompliziertere Tätigkeit notwendig ist, um den Erfolg herbeizuführen, namentlich dann, wenn der Denkende oder Redende die Tätigkeit gar nicht kennt oder übersieht, die zur Herbeiführung des Resultats erforderlich ist (9). Die Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag, Versprechen der Tätigkeit und Versprechen des Erfolges, wird dadurch erleichtert, daß das Versprechen eines Erfolges gegen Entgelt im Zweifel den Sinn hat, daß das Entgelt nur entrichtet werden soll, wenn der Erfolg erzielt ist. Dies tritt in den Fällen, wo das Versprechen zweifellos auf den Erfolg und nicht auf die Tätigkeit gerichtet ist, wie z. B. wenn ein Lohn für das Finden einer Sache versprochen ist, deutlich hervor und wird auch in den Motiven ausdrücklich anerkannt. Man kann deshalb auch den Werkvertrag im Gegensatze zum Dienstvertrage dadurch charakterisieren, daß beim Werkvertrage der Unternehmer die Gefahr trägt, d. h. keinen Lohn bekommt, wenn der Erfolg nicht erreicht wird (17). Aus dieser letzteren Betrachtung geht deutlich hervor, daß nicht bloß die Art und Weise, wie das zu leistende Arbeitsquantum fixiert ist, sondern auch das Verhältnis der Arbeitsleistung und Entgelt für die Frage von Bedeutung ist, ob der Unternehmer die Gefahr zu tragen hat (50). Für die Handlung kann ein Lohn in einer Summe fixiert sein, es kann aber auch nur das Verhältnis angegeben werden, nach dem die Höhe der Zahlung auszurechnen ist, indem für eine in der Arbeit enthaltene Größe ein bestimmter Lohn festgesetzt ist (50). Ist der Lohn für das Resultat der Arbeit im ganzen oder für eine bestimmte Größe des hergestellten Resultats festgestellt, so liegt darin die Übernahme der Gefahr, und es ist somit Werkvertrag vorhanden. Daraus ergibt sich, daß der Akkordlohn- oder Stücklohnvertrag Werkvertrag ist, wenn die Absicht, wie das in der Regel der Fall sein wird, darauf gerichtet ist, daß der Lohn für das richtig hergestellte einzelne Stück gezahlt werden soll. Die Möglichkeit, von Stücklohnvertrag auch da zu reden, wo der Lohn für das einzeln zu bearbeitende Stück ohne Rücksicht auf das erreichte Resultat festgesetzt ist, ist aber nicht in Abrede zu stellen (57). — **b)** Näheres von der Übernahme der Gefahr. — α. Umfang der Gefahr. — Der Umfang der Gefahr oder die Zahl der Fälle, in denen omnis diligentia nicht mit Sicherheit zu dem gewünschten Resultate führt, ist nicht sehr groß. Auf dem Hauptgebiete der Industrie und Technik, wo es sich um die Bearbeitung oder Herstellung der Sachen handelt, sind Industrie und Handwerk ihrer Technik so sicher, daß ein Mißlingen in der Regel ausgeschlossen erscheint. Anders, wo es sich um eine Einwirkung auf lebende Wesen handelt (71) oder wo schädigende äußere Einflüsse in Frage stehen. Es können hier Gefahr der Unternehmung, des Materials, der hergestellten Sache, der Unterbrechung, der Arbeitskraft unterschieden werden (76). Besonderes über die Anwendung des § 323 auf Dienst- und Werkvertrag 84, 89: Beim Werkvertrag ist die Teilleistung nur soweit zu honorieren, als ein teilweiser Erfolg, d. h. ein Wert der Teilleistung vorliegt, während beim Dienstvertrage stets eine der Ausdehnung der geleisteten Arbeit entsprechende Bezahlung einzutreten hat. β. Gründe, die für die Übernahme der Gefahr sprechen. Die Übernahme der Gefahr beim Werkvertrage hat eine gewisse Verwandtschaft mit der Kausalhaftung. Daraus ergeben sich zwei Gesichtspunkte, welche für die Übertragung der Gefahr auf den Arbeitnehmer sprechen. Es erscheint angezeigt, dem Arbeitnehmer die Gefahren aufzubürden, die seinem Gefahrenkreis angehören, denen entgegenzutreten er in der Lage ist und ihn so zu möglichst intensiver Sorgfalt und Umsicht zu veranlassen. Durch die Bezahlung für das Resultat wird der Arbeitnehmer einer Kontrolle unterworfen. Beweis und Beaufsichtigung werden vereinfacht oder überflüssig (101). Im Gegensatze zu dieser Betrachtung lassen rein wirtschaftliche Erwägungen die Bezahlung der Tätigkeit näher liegend er-

scheinen, als die Honorierung des Resultats. Die Bezahlung des Erfolges hat in größerem oder geringerem Grade eine Unregelmäßigkeit in der Einnahme des Arbeitnehmers zur Folge, die nur der kapitalkräftige Arbeitnehmer auf sich nehmen kann (102). S. ferner 105, 111 darüber, daß häufig eine alternative oder eine kumulative Verbindung von Dienst- und Werkvertrag vorkommt, so daß der Arbeitnehmer unter allen Umständen für seine Tätigkeit honoriert wird. Die wirtschaftlichen Gründe verlieren jedoch an Bedeutung, wenn die Gefahr sehr unerheblich ist. Um so mehr treten die Vorteile in den Vordergrund, welche die Bezahlung des Arbeiters nach dem Resultate für die Kontrolle desselben, in bezug auf die Qualität der Arbeit und die Ausnutzung der Zeit bietet (114, 115). Wenn es sich um die Gefahr des Materials und um die Gefahr der Aufbewahrung des Resultats der Arbeit handelt, so scheinen hier überwiegende Gründe dafür zu sprechen, daß der Arbeitnehmer die Gefahr trägt (120, 125). Die im § 644 dem Unternehmer gerechtfertigterweise aufgebürdete Gefahr der Aufbewahrung ist dahin einzuschränken, daß der Unternehmer nur die Gefahren zu tragen hat, die seinem Gefahrenkreis angehören (129). Daß der Arbeitnehmer die Gefahr der Arbeitskraft zu tragen hat, ergibt sich aus der Erwägung, daß dieselbe ganz besonders seinem Geschäfts- und Gefahrenkreis angehört (146). γ. Folgerungen für die Subsumtion der einzelnen Verträge. Die für die Gefahrübertragung sprechenden Gründe, sowie die Fassung des BGB., führen dazu, daß die auf Bearbeitung oder Herstellung von Sachen gerichteten Arbeitsverträge im Zweifel als Werkvertrag aufzufassen sind, und zwar auch dann, wenn Akkord- oder Stücklohn verabredet ist (149). Der Vertrag mit dem Arzte und Lehrer ist ein Dienstvertrag. Beim Schauspieler erscheint es angemessen, den Gefahrenkreis des Theaterdirektors von dem des Schauspielers zu sondern und dem letzteren die Gefahr seiner Arbeitskraft aufzulegen, so daß er keine Bezahlung oder höchstens Bezahlung der eventuellen Teilleistung bekommt, wenn er aus in seiner Person liegenden Gründen die Stelle nicht durchführen kann (153). Bei den Architekten kommt eine doppelte Art des Kontrahierens vor. Er übernimmt entweder den Bau als Unternehmer, d. h. er verspricht die Fertigstellung des Baues für eine bestimmte Summe, oder es wird nach Hamburger Norm kontrahiert, bei welcher der Architekt nur die Leitung und Überwachung des Baues übernimmt und für seine Mühewaltung Prozente der Bausumme erhält. Im ersteren Falle liegt Werkvertrag, im letzteren Dienstvertrag vor (154). Beim Transportvertrage zeigt sich die praktische Bedeutung der Gefahrregulierung in der Honorierung des teilweisen Transports oder, wie das HGB. sagt, in der Verpflichtung, Distanzfracht zu zahlen. Ist diese Verpflichtung statuiert, so ist Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Dienstvertrags vorhanden. Ist für die einzelne Transportart nichts bestimmt, so ergibt sich aus der Annahme von Dienstvertrag Verpflichtung zur Zahlung der Distanzfracht in vollem Umfange, bei Annahme von Werkvertrag jedoch nur für den Fall, daß der Teiltransport einen Wert hat (159). δ. Bedeutung der Gefahrtragung für die Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag. Die Erwägungen, ob die Gefahr übernommen wird, beziehen sich nur auf den Werkvertrag, ebenso die Rechtssätze, welche die Gefahrtragung, den Umfang derselben und die Wirkung der realisierten Gefahr genauer normieren (170). Der Werkvertrag charakterisiert sich im Gegensatze zum Dienstvertrage nur durch das eine Merkmal der Gefahrübernahme; der Arbeitsvertrag mit Gefahrübernahme ist als Werkvertrag zu bezeichnen. Denkt man jedoch bei der Wirkung des Werkvertrags nicht bloß an die Gefahrtragung, sondern auch an die anderen rechtlichen Wirkungen, welche das BGB. für den Werkvertrag sanktioniert, so ist die Bedeutung des Begriffs ein anderer. Es liegt dann eine wertvolle, weiterführende, über die Namengebung hinausführende Be-

griffsbildung vor, in der die Zusammengehörigkeit des Tatbestandes mit der aus mehreren Elementen bestehenden juristischen Wirkung, unter Umständen auch die Zusammengehörigkeit der einzelnen Elemente der juristischen Wirkung ausgesprochen wird (171). Die aufgestellte Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag erscheint als ausreichend, wenn ihre praktische Bedeutung nur in bezug auf die Gefahrtragung beigemessen ist, sie ist es nicht, wenn sich weitere Unterschiede der juristischen Wirkung an sie anschließen. Es bereiten dann insbesondere die Fälle Schwierigkeit, in denen gar keine Gefahr vorhanden ist oder eine Kombination von Dienst- oder Werkvertrag vorliegt. Der Begriff der römischen locatio conductio operis ist nachweisbar nur durch die Gefahrübernahme charakterisiert. Der Unterschied des BGB. vom römischen Rechte liegt in erster Linie darin, daß die Verfasser an die Stelle des einfachen Begriffs eine wertvolle weiterführende Begriffsbildung setzen wollten. Die genauere Betrachtung zeigt, daß dieser Versuch mißlungen ist. Die nächstliegende Auffassung, daß die §§ 612—630 auf den Dienstvertrag, die §§ 632—651 auf den Werkvertrag Anwendung finden, erweist sich als nicht haltbar. — c) Wie weit sind die Bestimmungen des einen Vertragsrechts auf das andere zu übertragen? — α. Kritik der systematischen Behandlung im BGB. — Die Übertragungen der für einen Vertrag aufgestellten Rechtssätze auf den anderen erscheinen da am sichersten, wo für einen Vertrag Selbstverständliches gesagt wird und es sich nur darum handelt, das argumentum a contrario abzulehnen, vermittelst dessen man bei dem anderen Vertrage zu der entgegengesetzten, ganz unvernünftigen Behandlung gelangen könnte. In anderen Fällen scheint die Ausdehnung nur mehr oder weniger begründet zu sein, öfters kann der Nachweis erbracht werden, daß die angeordnete Rechtswirkung passenderweise nicht von der Gefahrübernahme, sondern von anderen Eigenschaften des Arbeitsvertrags abhängig gemacht wird, und endlich schließen sich die Fälle an, in denen eine Bestimmung für einen der beiden Verträge gegeben und kein Grund ersichtlich ist, warum sie nicht auch auf den anderen Vertrag angewendet werden soll (304). Über einige Einzelheiten, in denen Rümelin für Ausdehnung eintritt, s. u. zu §§ 613, 615, 618, 626, 634, 640. — Im Anschluß an § 626 bemerkt er: Auch in bezug auf weitere Detailbestimmungen, betreffend Sicherung des Arbeitnehmers, Preise, Ermäßigung der Mäklergebühr, Zeugnispflicht, Aufsuchen eines anderen Dienstes, Verhinderung des Arbeitnehmers für kurze Zeit, läßt sich nachweisen, daß die Übertragung der für eine Vertragsart getroffenen Bestimmungen auf die andere angemessen ist. (S. Weiteres u. zu § 626 Ziff. 1a.) — β. Die weiteren, für den Dienst- und Werkvertrag angeordneten Rechtswirkungen stehen in keinem Zusammenhange mit der Übernahme der Gefahr, und ebensowenig läßt sich nachweisen, daß die verschiedenartige Behandlung des Arbeitsvertrags, die in den Titeln Dienst- und Werkvertrag angeordnet ist, von einem anderen Gegensatze, der sich innerhalb des Arbeitsvertrags aufstellen läßt, abhängig gemacht ist. Ein Begriff des Dienst- und Werkvertrags, zu dem die im Gesetzbuch aufgestellten Sätze passen, läßt sich nicht auffinden (Gründe s. 305, 307). Der Gesetzgeber sondert allerdings Dienst- und Werkvertrag nach der Gefahrtragung; dies reguliert er nach einzelnen Gestaltungen, die der Arbeitsvertrag annehmen kann, und beantwortet die einzelnen Fragen, die auftauchen können, und zwar entweder beim Dienst- oder beim Werkvertrage, je nachdem die betreffende Gestaltung sich häufiger bei dem einen oder anderen Vertrage vorfindet, die betreffende Frage sich häufiger hier oder dort aufwirft (311). Bei dieser Auffassung kann von einer analogen Übertragung der Rechtssätze nicht mehr die Rede sein (314). — γ. Kein Zweifel kann darüber bestehen, daß dem Punkte, an den das Gesetzbuch im Anschluß an die gemeinrechtliche Theorie die

Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag anknüpft, Versprechen der Tätigkeit und Versprechen des Resultats und Übernahme der Gefahr, nicht die Bedeutung zukommt, welche ihm durch diese Systematisierung beigelegt wird. An die Übernahme der Gefahr schließen sich wohl einige Rechtssätze an, die die Gefahr selbst, den Umfang, die Behandlung derselben regulieren, aber es erscheint in keiner Weise gerechtfertigt, an die Regulierung der Gefahrfrage andere Rechtsfragen anzuknüpfen. Das ist so wenig der Fall, daß bei dem Fehlen jeden inneren Zusammenhanges die Rechtssätze, die der Gesetzgeber an den Gegensatz bei der Gefahrtragung anzuknüpfen sucht, an denselben nicht haften bleiben (316). Bei dieser Sachlage wäre es das Richtige gewesen, nicht zwischen Dienst- und Werkvertrag zu unterscheiden, sondern den Arbeitsvertrag als solchen zu behandeln und unter den verschiedenen Gestaltungen des Tatbestandes, die einer besonderen Regulierung bedürfen, auch die Übernahme der Gefahr zu normieren, so daß der Werkvertrag als eine Unterart des Arbeitsvertrags erscheinen würde (317).

2. Heß versucht trotz der im BGB. erfolgten Gleichstellung von „höherer" und „niederer" Arbeit die soziale Eigenart der beiden Arten von Arbeitsverträgen zu charakterisieren und die Momente zu bestimmen, die den Sozialpolitiker veranlassen müssen, eine verschiedene Behandlung der höheren und niederen Arbeit zu verlangen (3). 31—40: Die juristische Behandlung des höheren und niederen Arbeitsvertrags. — Die Titel „Dienstvertrag" und „Werkvertrag" finden Anwendung auf alle Arbeitsverhältnisse, insoweit diese nicht durch Spezialgesetze geregelt sind. Soweit diese Lücken lassen, ist das BGB. maßgebend (Näheres 35/6). — Definition: Ist zwischen zwei Personen ein gegenseitiger Vertrag dahin geschlossen worden, daß die eine Arbeiten, die andere einen Entgelt leisten will, so richtet sich die rechtliche Beurteilung dieses Vertrags a priori nach den Regeln über den Dienstvertrag. Zeigt sich weiter, daß die Kontrahenten die Bezahlung des Entgelts von der Bedingung abhängig gemacht haben, daß der Arbeitnehmer ein bestimmtes, durch Vereinbarung der Parteien festgelegtes Resultat mit seiner Tätigkeit erzielt, so kommen die Regeln des Werkvertrags zur Anwendung (37). Das BGB. hat also den wirtschaftlichen Zweck des Arbeitsvertrags in concreto zum Ausgangspunkte genommen (39). — Über die sozialpolitische Ausgestaltung des Arbeitsvertrags durch das BGB. 40—50. Ergebnis 76: Das BGB. hat sich mit den wirtschaftlichen Tatsachen in Widerspruch gesetzt, indem es dem Unterschiede zwischen höherer und niederer Arbeit die Anerkennung versagt hat.

3. Baum untersucht streng auf dem Boden des positiven Rechtes, mit teilweise abweichender Stellungnahme gegenüber Lotmar (JDR. 2 vor §§ 611 ff.), die rechtliche Natur des kollektiven Arbeitsvertrags. Er unterscheidet die Fälle a) des begrenzten Kollektivvertrags. Hier beabsichtigen die Parteien nicht, einen direkten Arbeitsvertrag miteinander abzuschließen. Sie wollen vielmehr für den Fall, daß ein solcher zustande kommen sollte, seine Bedingungen im voraus regeln. Ein solchem Kollektivvertrag entgegenstehender Arbeitsvertrag ist (aM. Lotmar 780) rechtsgültig, doch entstehen ein (in der Beweisfrage schwieriger) Schadensersatzanspruch sowie vor allem ein Anspruch dahin, daß die Kontrahenten des Einzelvertrags die vertragswidrige Bestimmung aufheben, — §§ 894, 890 ZPO. — b) Dieselbe Rechtsnatur hat den häufigen korporativen Kollektivvertrag (268); c) am häufigsten kommt der unbegrenzte Kollektivvertrag vor (268 ff.). Der Vertrag wird häufig in der Form des Vergleichs vor dem Gewerbegericht als Einigungsamt geschlossen; er bildet in der Regel den Abschluß einer Lohnbewegung. Gegen Lotmar (774) ist anzunehmen, daß die Parteien nicht zivilrechtlich gebunden sind. Man will keine subjektiven Rechte begründen, sondern objektive Normen dafür aufstellen. Es liegt nur

ein mit stark autoritativer Geltung verbundener Ausspruch der Mehrheit der Beteiligten darüber vor, was in den erörterten Fragen als gerecht und angemessen erachtet werden soll. Rechtliche Wirksamkeit erlangt er nur dadurch, daß er mit dem Willen der Kontrahenten Bestandteil eines einzelnen Vertrags wird —, in dieser Beziehung muß man aber in den Anforderungen ziemlich liberal sein (272—274) —, sei es durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung, sei es im Wege der Interpretation auf Grund von § 157 (275). Kontrahieren bestimmter Einzelpersonen oder Vertreter namens und im Auftrage bestimmter Einzelpersonen, so liegt ein begrenzter Kollektivvertrag vor; fungieren die Vertreter dagegen nicht als Beauftragte bestimmter Einzelpersonen, sondern als quasi öffentlich-rechtliche Delegierte ihres Standes, so ist ein unbegrenzter Kollektivvertrag anzunehmen (275).

Sechster Titel. Dienstvertrag.

Vorbemerkung: Abgesehen von der umfassenden Arbeit G. Rümelins (s. o. Vorb. zu §§ 611 ff., 631 ff.) und den dort angeführten Arbeiten Heß' und Baums, fehlen eindringliche literarische Erörterungen. Nur die Monographie Bonns, dessen Selbstbericht zu §§ 615 ff. praktisch wichtige Fragen kurz behandelt, ist berücksichtigt. Auch die Rechtsprechung hat im wesentlichen nur Gelegenheit gefunden, schon bekannte Streitfragen von neuem zu erörtern und zu alten Überschriften neue Beispiele zu liefern. Hervorzuheben aus der Kasuistik von Vertragstatbeständen zum § 611 ist der zu 4e behandelte Vertrag mit dem Bauunternehmer und Bauherrn. Auch die Verträge mit dem Schneidermeister (4g) und dem Schiedsrichter (4f) sind im JDR. neu, nunmehr aber auch gleich mehrfach behandelt worden. Ähnliches ist diesmal im Berichtsjahre auch noch in Hamburg auf dem Gebiete des „Unfalls beim Fensterputzen" der Fall gewesen, wie die geradezu reichhaltige Judikatur über dieses Thema (§ 618 Ziff. 3) beweist. Prozessual interessant ist die Entscheidung des LG. Magdeburg zu § 615 Ziff. 5b, wonach das Recht aus § 615 auch selbständig durch Klage geltend gemacht werden kann. Einige interessante Fragen hat dann wieder der § 626 gezeitigt (s. insbesondere § 626 Ziff. 2: Geltendmachung des Entlassungsrechts). Doch nimmt den breitesten Raum ein das Zeugnisrecht (zu § 630); hier sind die Fragen, ob ein nachträgliches Zeugnis verlangt werden kann, und wie das Zeugnis formal und inhaltlich auszugestalten sei, reichlich erörtert worden.

Literatur: Baum, Heß, Rümelin: s. o. zu §§ 611 ff., 631 ff. — Bonn, Die Fälle der Anrechnung im Dienstvertrag, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriffe der Anrechnung. Frankfurt 1905.

§ 611. 1. Dienstvertrag und Werkvertrag. S. insbesondere JD. R. **2** § 611 Ziff. 1. — LG. München, SeuffBl. **70** 489 ff.: Das wesentlichste Merkmal des Dienstvertrags ist im Gegensatze zum Werkvertrag der Wille des sich Verdingenden, seine Arbeitskraft und seine Fähigkeiten in den Dienst des Gegenkontrahenten zu stellen, und der Wille des Gegenkontrahenten, diese zu einzelnen, von ihm zu bestimmenden Diensten zu benutzen. — S. auch zu § 61 KO.

2. Begriffliches.

a) OLG. **10** 205 (Dresden): Der Dienstpflichtige braucht nicht in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse zum Dienstherrn zu stehen; der Unterschied, der bei dem Dienstvertrag im römischen Rechte zwischen operae liberales und illiberales gemacht wurde, besteht nicht mehr.

b) Beamtendienstvertrag. W. Böthke, Der Dienstvertrag der Beamten der Privateisenbahnen (Haupt-, Neben- und Kleinbahnen) in Preußen, Eisenb. E. **21** 209—212, 406—412: Die Dienstverträge der Privateisenbahnbeamten regeln sich nach dem BGB. §§ 611—630 (eventuell HGB. s. 211). — S. auch u. zu § 622, § 626 Ziff. 1b.

c) Agenturvertrag. α. Breit, Agent und Geschäftsherr, Holdheims MSchr. 05 227 — s. insbesondere o. zu § 260 Ziff. 1 —: Der Agenturvertrag ist ein Dienstvertrag. β. OLG. 10 205/6 (Hamburg): Der Agenturvertrag ist weder ein Dienst- noch ein Werkvertrag; er ist ein Vertrag eigener Art. — Ebenso OLG. Hamburg, ebenda 237: § 92 HGB. („Vertragsverhältnis"!) im Gegensatz zu § 70 („Dienstverhältnis"!) — S. auch OLG. Dresden, SächsA. 15 539 ff. und SächsOLG. 26 326 ff., OLG. 10 206 ff. — S. § 61 KO. und HGB. §§ 84 ff.

d) Über weitere begriffliche Einzelheiten s. JDR. 2 Ziff. 5, 3 Ziff. 5.

3. Vertragsrechte und -Pflichten. S. JDR. 2 § 611 Ziff. 7, 8, 3 Ziff. 7.

a) RG. BadRpr. 05 132/3: Eine würdige und rücksichtsvolle Behandlung des Untergebenen bildet ebenso sehr eine Vertragspflicht des Dienstherrn, wie die Verpflichtung zur Gehaltszahlung. (S. auch u. zu § 626 Ziff. 3 b.)

b) Neujahrsprämien. GewG. 10 26 (München): Neujahrsprämien sind nur zu zahlen, wenn das Dienstverhältnis noch an dem betr. Fälligkeitstage besteht. Eine teilweise Zahlung im Verhältnisse zur Dauer des Arbeitsvertrags würde dem ganzen Zwecke dieser Einrichtung zuwiderlaufen.

c) Anspruch auf Erfindungen des Dienstverpflichteten. S. JDR. 2 §§ 611 Ziff. 8 a, 631 Ziff. 4, 3 § 611 Ziff. 7 a. — α. RG. JW. 05 75 Nr. 9: Überlassung aller während des Bestehens eines Vertrags von dem Konstrukteur einer zum Patent angemeldeten Maschine auf dem Gebiete der Zementdachplattenbranche gemachten neuen Erfindungen oder Verbesserungen und gleichzeitiges Engagement für das Geschäft unter der Voraussetzung, daß er die neue Maschine gebrauchs- und verkaufsfähig herstelle und die Maschine sich nach allen Richtungen gut bewähre — s. die näheren tatsächlichen Verhältnisse a. a. O. — unsittlich oder nicht? — Vom RG. gegen das OLG. Naumburg verneint. — β. RG. SeuffA. 60 371 ff. — s. schon JDR. 3 § 611 Ziff. 7 a α. — γ. RG. SeuffBl. 05 227 ff. — s. schon JDR. 3 § 611 Ziff. 8 a β.

d) Einige Fälle wegen Irrtums über die Person anfechtbarer Dienstverträge s. o. zu § 119 Ziff. 8 b u. c.

4. Anwendungsfälle. S. JDR. 2 Ziff. 6, 3 Ziff. 6.

a) Ärztlicher Dienstvertrag. BayObLG., SeuffBl. 05 181 ff., SeuffA. 60 223 ff.: Vertrag mit dem Arzte ist ein Dienstvertrag. S. über die Pflicht zur Auskunft u. zu § 666.

b) Vertrag zwischen Aufsichtsrat und GmbH. Vgl. JDR. 2 § 611 Ziff. 6 b, auch 3 § 611 Ziff. 6 b. — OLG. 11 36 Anm. 1, KGJ. 29 A 98 (KG.): Durch die Annahme der Wahl als Mitglied des Aufsichtsrats einer GmbH. wird mit der Gesellschaft ein Vertrag geschlossen, der bei entgeltlicher Übernahme als Dienstvertrag, sonst als Auftrag zu beurteilen ist.

c) Anwaltsvertrag. S. JDR. 2 Ziff. 6 c, 3 Ziff. 6 c. — SächsOLG. 26 326 ff., OLG. 10 206 ff., insbes. 208 ff. (Dresden): Darüber, daß Rechtsanwälte sich nicht zu Diensten verdingen (KO. § 61 Nr. 1) und über die zweifelhafte Frage, ob der Vertrag mit einem Rechtsanwalte nicht trotz des § 662 (Unentgeltlichkeit!) ein Auftrag geblieben sei. Unentschieden gelassen: Betonung der Selbständigkeit des Anwalts (Prot. 277). — SächsOLG., SächsA. 15 739 ff.: Beauftragung eines Rechtsanwalts mit der Prozeßvertretung ist Dienstvertrag. S. auch o. zu § 254 Ziff. 10 d γ über Pflichten des Rechtsanwalts, auf deren Erfüllung der Klient vertrauen kann. — ElsLothZ. 05 30 (Colmar): Zwischen dem Notar und der Partei besteht ein Dienstverhältnis nach §§ 611, 675.

d) Schänkvertrag. S. „Zapfverträge" IDR. **2** §§ 535 Ziff. 1 b, 611 Ziff. 6 e, IDR. **3** § 611 Ziff. 6 e. PosMSchr. **05** 112/3 (Posen): Vertrag des Ausschänkers — Miet-, nicht Dienstvertrag. Der Besitz und Gebrauch der Mieträume ist ihm zum Betrieb einer Restauration übertragen, und zwar für seine eigene Rechnung und Gefahr. Ist er auch verpflichtet, die im Betriebe erforderlichen Waren zum bestimmten Preise von dem anderen Teile zu beziehen, so bestimmt er doch die Preise, zu denen er die Waren in dem Lokale weiterveräußert. Auch ändert nichts an der Natur des Vertrags, daß der Gläubiger für Beleuchtung, Heizung, Zeitung, Kohlensäure und Telephon zu sorgen hat. — S. a. IDR. 2 § 535 Ziff. 1 b u. o. zu § 138 bei IBa (Bierlieferungsvertrag).

e) Vertrag mit Bauunternehmer. α. **RG.** SeuffA. **60** 351/2: Der Unternehmer, der nicht nur die Ausführung eines Bauwerkes, sondern auch die Anfertigung der erforderlichen Pläne und Kostenanschläge übernimmt, schließt mit dem Besteller nicht einen reinen Werkvertrag, sondern auch einen Dienstvertrag, der den Unternehmer zur Anfertigung sachgemäßer, durchführbarer, die Brauchbarkeit des Werkes gewährleistender Vorschläge verpflichtet. Eine ähnliche Verpflichtung hat der Unternehmer auch dann, wenn der nicht sachverständige Besteller selbst einen Bauplan gefertigt hat, dessen Ausführung er dem sachverständigen Unternehmer übertragen will; er muß die Durchführbarkeit und Brauchbarkeit des Werkes prüfen und etwaige Bedenken dem Besteller vorhalten; dieser erwartet in solchem Falle den Rat des Unternehmers; die Verpflichtung zur Raterteilung, zur Prüfung des beabsichtigten Werkes gilt als stillschweigend vereinbart; der Unternehmer haftet für Verschulden bei der Erfüllung dieser Verpflichtung. Zweifelhaft dagegen ist es, wenn der Besteller eines bereits genau bestimmten und beschriebenen Werkes selbst sachverständig ist, oder wenn er sich die Pläne und Beschreibungen von einem anderen Sachverständigen hat anfertigen lassen. Zuweit geht hier die Bejahung der Haftung für die Verwendbarkeit des Baues, wenn das der zweckmäßigen Verwendung des Werkes entgegenstehende Hindernis nicht unüberwindlich ist, sondern durch behördlichen Dispens beseitigt werden kann. (Anläßlich eines Falles entschieden, wo sich die Kläger einen Bauplan und Kostenvoranschlag von zwei Sachverständigen hatten machen lassen. Die Pläne waren baupolizeilich genehmigt; daß eine Werkstatt im Kellerraume beanstandet sei, war aus ihnen nicht ersichtlich. Es müsse geprüft werden, ob nach der konkreten Sachlage der Beklagte verpflichtet war, nachzufragen, ob hinsichtlich des Werkstattraums Dispens erteilt sei.) β. GG. Stettin, GewG. **10** 42/3 erklärt den Bauherrn und nicht den Maurermeister, dem die Maurerarbeiten von dem Bauherrn übertragen waren, den Maurern gegenüber für den eigentlichen Geschäftsherrn. Das LG. Stettin, ebenda 44, dagegen weist die Klage gegen den Bauherrn ab. Ob der Maurermeister vermögenslos bzw. die Vermögenslosigkeit dem Bauherrn bekannt war, ist unerheblich Lediglich Bürgschaft oder Schuldübernahme kann in Frage kommen. S. auch ebenda 64 ff. (Hamburg): Zur Lohnzahlung ist verpflichtet derjenige, welchem die Arbeitsdienste zugesagt und geleistet worden sind. Eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeiter des Inhalts, daß dieser seinen Lohn nicht vom Arbeitgeber, sondern von einem Dritten zu beanspruchen habe, ist unzulässig, widersinnig und u. U. — bei Vermögenslosigkeit der dritten Person — unsittlich. Ablehnung des „Zwischenmeisters" als des wirklichen Geschäftsherrn. S. Näheres auch o. zu § 138 unter Bf (Arbeits- und Dienstverhältnis).

f) Schiedsvertrag. α. **RG. 59** 247 ff. (s. a. o. zu § 241 bei a): Der Schiedsrichter kann nicht entsprechend einem Beauftragten oder Dienstverpflichteten oder Unternehmer behandelt werden. Sein Amt trägt ein durchaus eigenartiges Gepräge (**RG. 41** 251 ff.). Auch ist von einer Rechenschafts- oder Auskunftspflicht

(§§ 666, 675) keine Rede. Er hat eine Stellung über den Parteien, wie sie weder beim Auftrage noch beim Dienst- oder Werkvertrage zu finden ist. Andererseits ist der Schiedsrichter doch gebunden, so daß er sich nicht vor Erledigung der Sache und, ohne sie zu dem erstrebten Ende gebracht zu haben, willkürlich zurückziehen darf. Wenn auch §§ 671 oder 627 nicht unmittelbar auf das Rezeptum anzuwenden sind, so erwächst doch nach §§ 241, 242 aus einem Schuldverhältnisse der Anspruch auf die zugesagte Leistung. Die im gemeinen und preußischen Rechte zugelassene Klage auf Erfüllung des Rezeptums ist von der ZPO. nicht beseitigt worden (Näheres a. a. O. 250 ff. und ZPO. beim Schiedsvertrage). β. S. ferner OLG. **10** 177, R. **05** 251 Nr. 1117: Das dem Schiedsrichter gezahlte Honorar kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil dem Schiedsspruche die Anerkennung versagt worden ist.

g) Vertrag mit Schneidermeister. α. LG. Berlin I, KGBl. **05** 116: Zum Begriffe des Dienstverhältnisses gehört es nicht, daß der Dienstverpflichtete ausschließlich für den Dienstherrn tätig ist. Dies ist sicherlich bei allen Diensten höherer Art (Lehrer, Arzt, Rechtsanwalt usw.) begrifflich ausgeschlossen, und es fehlt an jedem Grunde, für Dienste niederer oder mittlerer Art etwas anderes oder gar das Gegenteil anzunehmen. Ausschlaggebend ist lediglich, ob der Verpflichtete sich zu einer der Zahl nach unbemessenen Summe von Diensten, wenn auch bestimmter Art, verpflichtet hat. (Bejaht in bezug auf einen Vertrag, kraft dessen sich ein Schneidermeister auf die Dauer von 5 Jahren verpflichtet hatte, sämtliche für den Knabengarderoben-Betrieb eines anderen erforderlichen Anzüge bestimmter Preislagen und Klassen, deren der andere Teil bedurfte, für diesen herzustellen, gegen Einräumung des alleinigen Fabrikationsrechts). Entschieden zu § 61 KO. β. Entgegengesetzt LG. Halberstadt, NaumburgAK. **05** 90 ff.: Ist der, welcher Kleidungsstücke anfertigen läßt, Kaufmann, und der Anfertiger Schneider, so ergibt sich aus der Natur des Vertrags, daß der Anfertiger nicht bloß Dienste zu leisten, sondern für den Erfolg einzustehen hat. Das Vertragsverhältnis geht also dahin, daß Kläger mit dem Beklagten in fortlaufender Reihe Werkverträge abschließt, wobei in jedem einzelnen Falle die Vergütung für das Werk besonders vereinbart wird. (Der Inhaber eines Garderobengeschäfts hatte mit einem Schneidermeister vereinbart, daß dieser nur für ihn Schneiderarbeiten ausführen solle, und zwar gegen Stücklohn bei sich zu Hause.)

h) Gemischte Vertragsverhältnisse. S. JDR. **2** § 611 Ziff. 6i, **3** 6h. — α. Vermietung einer Dreschmaschine mit Bedienungsmannschaft. S. JDR. **2** § 611 Ziff. 6iα, **3** 6hα. OLG. Königsberg (JDR. **3** a. a. O.), PosMSchr. **04** 139 — s. jetzt auch SeuffA. **60** 138 ff. β. Vertrag mit Toilettenfrau. SchlHolstAnz. **04** 274/5 (Kiel) — s. JDR. **3** § 611 Ziff. 6hγ — s. jetzt auch SeuffA. **60** 140/1, OLG. **10** 171.

i) Rat und Empfehlung bezüglich des Ankaufs von Aktien, Dienst- oder Werkvertrag? S. RG. JW. **05** 502 Nr. 35, unten zu § 676.

k) Über das Kommissionsgeschäft s. unten zu § 627 Ziff. 2.

§ 612. 1. GewG. **10** 215 ff. (Frankfurt): Die von der Zwangsinnung der Spengler und Installateure beschlossene Werkstattordnung — stillschweigender Vertragsinhalt in jeder Beziehung.

2. LG. Halberstadt, NaumburgAK. **05** 53, hält eine übliche Vergütung aus Dienstvertrag für stillschweigend vereinbart bei dem Verhältnisse eines Logiergastes zu einem Hausknecht für Stiefel- und Kleiderreinigen. AA. das AG. Halberstadt, ebenda 53, und die Bemerkungen a. a. O. 53/54. ➾ Das LG. dürfte wohl sicher unrecht haben. Der Umstand, daß die betr. Einnahmen von den Hotelwirten „als so feststehend angesehen" werden, „daß in sehr großen Hotels diese

Stellungen ebenso wie die der Portiers und Zahlkellner von den Wirten verpachtet werden", ist gar kein zutreffender Grund. Die Pächter rechnen eben mit der Üblichkeit des Trinkgeldes, mit der „Sitte", die oft ein festerer Zwang ist als das Recht. Folgerecht müßte man dem Hausknecht im Weigerungsfall auch ein Retentionsrecht an den Kleidern und Stiefeln einräumen. Diese und andere Konsequenzen zeigen die Unmöglichkeit der Auffassung. Red. ←

3. Über das Verhältnis der §§ 612, 1617 zum früheren bayerischen Rechte s. BayObLG., R. **05** 251 Nr. 1119.

§ 613. *Rümelin: Bei der Frage, ob der Arbeitnehmer die Arbeit durch einen anderen vornehmen lassen darf oder der Arbeitgeber seinen Anspruch auf die Arbeit einem anderen abtreten kann, kommt es in erster Linie darauf an, ob bei dem Arbeitsvertrag ein Unterordnungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht, ferner darauf, ob es sich um Zeitlohn, Sachbearbeitung handelt. Die Auslegungsregel des § 613 hat keine oder jedenfalls nur eine verschwindende Bedeutung, und die Anwendung desselben hängt keinenfalls mit der Gefahrdrohung zusammen (260).

§ 615. 1. Dogmatisches.

a) *Bonn: α. Liegt objektive Leistungsunmöglichkeit vor, welche infolge eines in der Person des Dienstverpflichteten eingetretenen Zufalls hervorgerufen ist, so entsteht kein Vergütungsanspruch nach § 615, weil es sich nicht um Folgen des Annahmeverzugs handelt (5, 6). — β. Der Vergütungsanspruch nach § 615 ist nicht Schadensersatz, sondern Erfüllungsanspruch (7). — γ. Der vor Ablauf der Kündigungsfrist entlassene Dienstverpflichtete braucht seine Dienste dem Dienstberechtigten nach der Entlassung nicht nochmals anzubieten. Er muß aber seine Dienste bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist zur Verfügung des Dienstberechtigten halten, sofern nicht das Dienstvertragsverhältnis durch Abschluß eines neuen Dienstverhältnisses seitens des Dienstverpflichteten erloschen ist (8 f.). — δ. Wenn Naturalvergütung vereinbart ist — z. B. dahin, daß der Dienstverpflichtete eine Dienstwohnung unter Berechnung des Mietwerts als Teil des Dienstlohns innehat —, so muß bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten (z. B. vorzeitiger Kündigung) die Naturalvergütung — im Beispiel: der Besitz der Wohnung — nach § 615 BGB. weiter gewährt werden (10 ff.). — ε. Unter Anrechnung des Erwerbes durch anderweitige Verwendung der Dienste des Dienstverpflichteten wird nicht allein die anderweitige Verwendung der Vertragsdienste, sondern auch der Arbeitskraft überhaupt verstanden (12).

b) *Rümelin: Für den Annahmeverzug des Arbeitgebers treffen die §§ 615 und 642 Bestimmungen. Die Vorschrift des § 615 paßt aber nur auf den Arbeitsvertrag mit fixierter Arbeitszeit und Zeitlohn, während jeder andere Arbeitsvertrag dem § 642 zu unterstellen ist.

2. Muß der zu Unrecht ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist entlassene Dienstverpflichtete seine Dienste anbieten? S. JDR. **1** zu § 615 Ziff. 2, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 2 u. HGB. § 70. — Verneinend: OLG. **10** 179 R. **05** 78 Nr. 277 (Kassel): Handelt es sich um dauernde Dienste, die der Verpflichtete bisher geleistet hat und weiter zu leisten bereit war, und weist der andere Teil durch Entlassung die Annahme weiterer Dienste zurück, dann braucht der Schuldner keine nochmalige Zurückweisung dieser Dienste durch ein protestartiges Angebot herbeizuführen. Es ist Sache des Entlassenden, wenn er von seiner Erklärung abgehen will, dies dem Entlassenen mitzuteilen. — Ebenso OLG. Breslau, GewG. **10** 367 ff.

3. Inwieweit muß der grundlos ohne Einhaltung einer Kündigungspflicht Entlassene der Aufforderung zur Weiterarbeit Folge leisten? S. JDR. **1** § 615 Ziff. 4a, b, **2** Ziff. 5, HGB. § 70 Ziff. 8, **3**

Ziff. 3. — GewG. **10** 85 (Duisburg): Wird ein Arbeiter rechtswidrig entlassen, und bietet ihm sein früherer Arbeitgeber nach wenigen Tagen die Wiederaufnahme an, so hat der Arbeiter dies anzunehmen, widrigenfalls er nach §§ 254 Abs. 2, 615 seinen Entschädigungsanspruch verliert.

4. ElsLothZ. **05** 441 ff. (Colmar): Eine Dienstleistung wird nicht dadurch unmöglich im Sinne vom § 306, daß das betr. Unternehmen infolge behördlicher Anordnungen nicht zustande kommt.

5. Anrechnungspflicht. S. IDR. **2** Ziff. 7 zu § 615, **3** Ziff. 5. — **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 361 ff., GewG. **10** 171 ff. — s. bereits IDR. 3 § 615 Ziff. 5b. — **b)** LG. Magdeburg, NaumburgAK. **05** 59 ff., GewG. **10** 207 ff.: Das Recht aus § 615 Satz 2 kann der Dienstberechtigte auch selbständig durch Klage geltend machen. Es ist einer aufrechnungsfähigen Gegenforderung zu vergleichen, steht aber in viel innigerem Zusammenhang als diese mit der Hauptforderung, da es den Rechtsbestand des Anspruchs des Dienstverpflichteten zur Voraussetzung hat. Der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache, der sich auf den vorhergegangenen Lohnprozeß gründet, greift daher nicht durch. (S. auch die Verwendung des § 826. **RG.** (Strafs.) **34** 382, a. a. O. 209 für diese Ansicht. Ausbeutung eines rechtskräftigen Urteils gegen die guten Sitten: Erlangung doppelten Lohnes). — **c)** **RG.** R. **05** 617 Nr. 2539 betont die Pflicht des Dienstberechtigten, den anderweitigen Erwerb zu behaupten und zu beweisen.

§ 616. 1. Dogmatische Einzelheiten. — *Bonn führt aus: a) Die Anwendung des § 616 auf die Dienstverhältnisse der im übrigen durch die GewO. und das HGB. in ihren Rechtsbeziehungen berücksichtigten Berufskreise wird durch § 133c GewO. und § 63 HGB. nicht ausgeschlossen (16 f.). — b) Ist die Arbeitsversäumnis durch geschlechtliche Erkrankung verursacht, so findet § 616 Anwendung, da die geschlechtliche Erkrankung nicht als verschuldete Arbeitshinderung anzusehen ist (18). — c) Zur Beurteilung der Erheblichkeit der Zeitdauer der Säumnis ist das Verhältnis zwischen der versäumten Arbeitszeit und der vertragsmäßigen oder tatsächlichen Zeitdauer des Arbeitsvertrags in Betracht zu ziehen (18 f.). Bei Säumnis zufolge militärischer Dienstpflicht liegt allgemein die Maximalgrenze der unerheblichen Zeit nicht unter der Dauer der kürzesten militärischen Übung, d. s. 2 Wochen (21). (S. IDR. **1** § 616 Ziff. 6b, **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 4). — d) Die durch die Notwendigkeit der Aufsuchung eines neuen Dienstverhältnisses verursachte Dienstsäumnis wird von der Regelung des § 616 erfaßt, und zwar ohne Rücksicht darauf, von welcher Seite die Kündigung erfolgt ist (22 f.) — e) Die Akkord-Dienstvertragsverhältnisse unterliegen der Regel des § 616 (23 f.). — f) § 616 ist nicht zwingendes Recht im Gegensatze zu den ausdrücklich für zwingendes Recht erklärten §§ 617, 618. Der Gesichtspunkt der Lohnsicherung ist in dieser Frage zwar beachtlich als petitio principii, jedoch de lege lata unerheblich bei der Gesetzesinterpretation (25 f.). (S. a. IDR. **1** Ziff. 4, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 2 zu § 616.) — g) Unterbleibt die Dienstleistung zufolge zufälliger zeitweiliger Hindernisse, die außerhalb der Person des Dienstpflichtigen und des Dienstberechtigten liegen, so ist die Vertragsvergütung für die Zeit der Dienstsäumnis zu entrichten. Dies folgt a fortiori aus der Gesetzesbestimmung, welche die Fortentrichtung der Vertragsbestimmung für den Fall bestimmt, daß der Verhinderungsgrund in der Person des Dienstverpflichteten liegt (28 f.). — h) Die Versicherungsbezüge aus eingeschriebenen Hilfskassen, welche gemäß § 75 KrankVG. ihren Mitgliedern mindestens die Beiträge gewähren, die die Gemeindekrankenkassen der Wohnsitzgemeinde ihren Mitgliedern bieten, sind nach § 616 Abs. 2 anrechenbar (33). Der militärische Sold bei Säumnis zufolge militärischer Dienstpflicht ist anrechenbar nach § 616 Abs. 1 in Ver-

bindung mit § 324 BGB. (34 f.). (S. a. IDR. 3 § 616 Ziff. 5a.) — i) Die Anrechnung erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Anrechnenden (90). Die Erklärung kann nicht unter einer Bedingung oder einer Befristung abgegeben werden (91). — k) Die Anrechnung verschafft eine Einrede des wiedererloschenen Rechtes (92). — l) Die Wirkung der Anrechnung erfolgt mit der Geltendmachung der Anrechnung unter Beziehung auf den Zeitpunkt des Gegenübertretens der anzurechnenden Leistung zur Forderung (94). — m) Gleichartigkeit von Anrechnungsleistung und Forderung (nicht Gegenseitigkeit) wird erfordert (96). n) Die Nichtausübung der im § 616 — wie in den §§ 615 und 617 — geregelten Anrechnung hat nicht die Entstehung eines kondiktizischen Anspruchs auf Rückerstattung der anrechenbaren Leistung zur Folge (98).

2. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit. S. IDR. 2 § 616 Ziff. 4, 5, 3 Ziff. 4. — GewG. **10** 163 ff. (Eisenach): Die Ansicht, daß das Verhältnis zur gesamten bisherigen Dienstzeit in Frage komme, ist irrig. Vielmehr ist die Zeit der Versäumnis mit der Tätigkeit im Betrieb und mit der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Kündigungsfrist in Vergleich zu bringen. (Die Versäumnis eines Lokalreporters oder Korrektors von 1—2 Monaten gegenüber einer sechswöchigen Kündigungsfrist ist sehr erheblich.)

3. **a)** BraunschwZ. **05** 145/6 (Braunschweig): Zwei Angestellten einer Straßeneisenbahngesellschaft ist Entschädigung zugebilligt, nachdem die Gesellschaft sie für den ganzen Tag, an dem sie als Zeugen vernommen werden sollten, ohne Gehalt unter Einstellung von Vertretern beurlaubt hatte. — **b)** GewG. **10** 47/8 (Karlsruhe): Die Frage, ob der Arbeitgeber eine durch im Wege der Erklärung zu gerichtlichem Protokoll erfolgte Erhebung der Klage gegen den Dienstherrn verlorene Arbeitszeit zu vergüten hat, muß nach denselben Grundsätzen beurteilt werden, nach welchen die Tragung der Prozeßkosten zu beurteilen ist. — **c)** Anordnung des preuß. Justizministers — s. IDR. 3 § 616 Ziff. 6 b α — s. auch GewG. **10** 53.

§ 617. 1. *Bonn: a) Als dauerndes Dienstverhältnis hat jedes Dienstverhältnis von rechtlich oder tatsächlich längerer Dauer der Vertragszeit zu gelten (43 ff.). (S. IDR. 2 § 617 Ziff. 2.) b) Für den Begriff der Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft ist es nicht ausschlaggebend, ob der Dienstverpflichtete unter dem gleichen Dache wie der Dienstberechtigte (intra moenia) wohne. Vielmehr ist das Wesentliche die durch den Dienstvertrag festgelegte Verpflichtung zur Gewährung einer dem Dienstberechtigten gehörigen — oder auch mietweise zustehenden — Wohnung an den Dienstverpflichteten (46). (S. IDR. 2 § 617 Ziff. 3.) — c) Der bereits bei dem Dienstantritt kranke Dienstverpflichtete, der in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen ist, ist bei dem Dienstberechtigten zu verpflegen, da „Erkrankung“ nach allgemeinem Sprachgebrauche sowohl Krankwerden als Kranksein bedeutet (48). (S. IDR. 2 § 617 Ziff. 5, 3 Ziff. 1 u. unten Ziff. 2.) — d) Die Fürsorgeverpflichtung des § 617 ist eine sozialpolitische Legalobligation (50 ff.). (Vgl. Schultzenstein, IDR. 2 § 617 Ziff. 1.)

2. Welcher Zeitpunkt ist für die Pficht aus § 617 bei Krankheit maßgebend? S. IDR. 2 Ziff. 5 zu § 617, 3 Ziff. 1 u. o. Ziff. 1 c. — ElsLothZ. **05** 482/3 (Colmar): Der § 617 spricht nur von einer „Erkrankung“, d. h. dem Ausbruch einer Krankheit. Dies schließt an sich nicht aus, daß der Keim oder die Anlage der Krankheit weit zurückliegen, also schon vor Eingehung des Dienstverhältnisses bestanden haben.

§ 618. 1. *Rümelin: Die Bestimmungen des § 618 sind nur Konsequenzen der das Vertragsverhältnis beherrschenden bona fides und müssen deshalb auf den Werkvertrag entsprechende Anwendung finden. Und ebenso sind

auch die positiven Bestimmungen der §§ 617, 618 Abs. 3 und 619 auf den Werkvertrag zu übertragen, sofern die besonderen Voraussetzungen für diese Bestimmungen auch beim Werkvertrage vorhanden sind.

2. OLG. Kassel, SeuffA. **60** 390/1, R. **05** 251 Nr. 1122, ausführlicher ebenda 369 Nr. 1656: Der § 618 bezieht sich nicht nur auf die bauliche Beschaffenheit der Räume und die ihrem Zwecke als Arbeitsräume entsprechende Ausstattung. Ein Arbeitsraum ist auch dann nicht gemäß § 618 eingerichtet, wenn darin eine nicht dem Arbeitszwecke dienende bewegliche Sache in gefährlicher Weise aufgestellt ist. Der Zweck der Vorschrift ist, den Arbeitern ungefährliche Arbeitsräume zu sichern. (Entschieden mit Rücksicht auf einen Heizkörper, bezüglich dessen jedoch angenommen wurde, daß er feststand und nur zu Fall gekommen ist, weil der Kläger daran gespielt und ihn hin- und herbewegt hat. Ein Verbot, sich mit dem Heizkörper nicht zu schaffen zu machen, war nicht notwendig.)

3. Einzelne Fälle. Aus der Rechtsprechung. S. IDR. **2** § 618 Ziff. 5, **3** Ziff. 3.

a) Unfall beim Fensterputzen. S. IDR. **3** § 618 Ziff. 3c, § 254 Ziff. 10cγ. — α. OLG. **10** 179, R. **05** 251 Nr. 1120 (Hamburg): Schadensersatzpflicht verneint. Das Dienstmädchen war von der Beklagten auf die Benutzung eines auf einem längeren Stiele befestigten, zum Fensterreinigen bestimmten und ausreichenden Schwammes verwiesen worden. β. OLG. **10** 180, R. **05** 251 Nr. 1121 (Hamburg): Schadensersatzanspruch eines beim Fensterputzen verunglückten Feuerwehrmanns gegen die Behörde abgewiesen. Die eigentliche Berufstätigkeit eines Feuerwehrmanns erfordert die Überwindung so großer Gefahren und setzt die dazu nötige körperliche Ausbildung an Kraft, Gewandtheit und Sicherheit und die gleichfalls nötige Geistesbeschaffenheit an Mut, Entschlossenheit und Besonnenheit voraus, daß ohne weiteres die Annahme berechtigt ist, die mit unendlich viel geringeren Gefahren verbundene Tätigkeit des Fensterputzers werde für einen tüchtigen Feuerwehrmann ganz ungefährlich sein und könne von ihm mit voller Sicherheit geübt werden, ohne solche Schutzvorrichtungen, die beispielsweise für weibliche Dienstboten erforderlich erachtet werden mögen. — ⇝ Dieser Gesichtspunkt ist nicht unbedenklich. Die allgemeine Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, daß Personen, die durch Beruf oder Amt genötigt sind, fortwährend den größten körperlichen Gefahren zu begegnen, und dort die gewohnte und erprobteste Entschlossenheit, Geistesgegenwart und Besonnenheit an den Tag legen, gerade an solchen Punkten versagen, die die anderen mit Leichtigkeit überwinden. Das Augenmaß für die kleineren Gefahren ist ihnen mehrfach getrübt. — Red. ⇜ Eventuell, fährt die Entscheidung fort, hätte der Verunglückte selbst die notwendigen Vorkehrungen verlangen oder treffen müssen. — Es kann außerdem der Behörde nicht versagt werden, auch durch diese an sich immerhin nicht ganz ungefährliche Beschäftigung des Fensterputzens die Feuerwehrleute dafür körperlich und geistig vorzubereiten, daß sie den ähnlichen, aber soviel größeren Gefahren ihres eigentlichen Berufs um so sicherer gewachsen sind. γ. HansGZ. **05** Beibl. 61 ff. (Hamburg): Die Dienstherrschaft muß tun, was regelmäßig die Sicherheit der Dienstboten bei der an sich gefährlichen Arbeit zu erhöhen und ihnen im Falle eines Ausgleitens Halt zu gewähren imstande ist. (Notwendigkeit eines Sicherheitsgürtels oder einer anderen Sicherheitsvorrichtung, z. B. Vorhandensein eines auf einem längeren Stiele befestigten Schwammes, mit dem es selbst einer kleinen Person möglich ist, das obere Fenster von innen und außen ordnungsmäßig zu reinigen, ohne auf die Fensterbank steigen oder sich weit herauslehnen zu müssen.) **b)** HansGZ. **05** Beibl. 40 (Hamburg) verneint die Anwendung des § 618 auf den Unfall, den eine Scheuerfrau bei

Reinigungsarbeiten in einer leer stehenden Wohnung erlitt; sie steht dem Arbeitgeber nicht anders gegenüber als ein gewerbsmäßiger Fensterputzer. Eine Überwachung der Arbeit durch den Arbeitgeber und die Stellung besonderer Schutzvorrichtungen ist nicht üblich.

4. Nach *B. Hilse, KGBl. **05** 93, ist zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Dienstverpflichteten und dem Dienstberechtigten wegen Entschädigung für einen Unfall, dem der erstere bei Ausübung von Dienstverrichtungen sich dadurch zugezogen hat, daß letzterer die gebotenen Sicherungseinrichtungen, Schutzvorrichtungen, Unfallverhütungsvorschriften außer acht ließ, weder das Gewerbe- noch das Kaufmannsgericht, vielmehr stets das ordentliche Gericht zuständig. Dasselbe gilt auch ungeachtet des § 62 HGB. nach *Hilse, Holdheims MSchr. **05** 277. — *Stölzel, BuschsZ. **35** 42 ff.: Betreffs der Beweislast s. BGB. § 158, 4c, § 609; ZPO. § 289[2]; HGB. § 66.

§ 622. W. Böthke a. a. O. 411/2 — s. o. zu § 611 Ziff. 2b —: Eine große Anzahl von Privateisenbahnbeamten fällt unter § 622. Der Ausdruck „Privatbeamte" ist unglücklich gewählt. Man hat zu fragen, ob die Eisenbahnbeamten zur Leistung von Diensten höherer Art angestellt sind oder nicht. Keine zu großen Anforderungen! Dienste höherer Art: solche, die eine wissenschaftliche, künstlerische oder technische Bildung höherer oder mittlerer Art voraussetzen; alle mittleren Beamten verrichten noch „Dienste höherer Art", so Stationsverwalter im allgemeinen, nicht aber Zugführer, Schaffner, Weichensteller.

§ 626. 1. Umfang des Anwendungsgebiets.

a) *Rümelin: In bezug auf die Kündigung sind für den Dienstvertrag und für den Werkvertrag besondere, nicht übereinstimmende Vorschriften aufgestellt; aber trotzdem erscheint es als angemessen, sie entsprechend von dem einen Vertrag auf den anderen zu übertragen. Insbesondere erscheint es angemessen, das Kündigungsrecht des § 626 bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch beim Werkvertrag anzuerkennen. Dieses Kündigungsrecht findet in dem besonderen persönlichen Verhältnisse der Kontrahenten zueinander seine Rechtfertigung, und zwischen Dienst- und Werkvertrag ist nun allerdings der Unterschied vorhanden, daß bei ersterem häufiger ein solches persönliches Verhältnis der Kontrahenten vorhanden ist als beim Werkvertrag. Soweit dasselbe aber auch beim Werkvertrage vorliegt, erscheint ein Kündigungsrecht bei wichtigem Grunde ebenso angemessen, wie beim Dienstvertrage (296). S. a. o. zu §§ 611 ff. Ziff. 1c zu α.

b) W. Böthke a. a. O. 412, Anwendung auf die Privateisenbahnbeamten: Schon leichtere Verstöße sind wichtige Entlassungsgründe, sicherlich z. B. Trunkenheit eines Lokomotivführers.

c) PrOVG. **46** 410 ff.: Anwendung des § 626 auf das Dienstverhältnis der Instleute. Vorenthaltung des Getreidedeputats, dessen der Instmann zu seinem und seiner Familie Lebensunterhalt notwendig bedurfte, als wichtiger Grund zur Kündigung.

d) LG. Stendal, NaumburgAK. **05** 89: § 626 findet auf das Gesindedienstverhältnis (Art. 95 EGBGB.) keine Anwendung.

2. Geltendmachung des Entlassungsrechts.

a) R. **05** 500 Nr. 1925 (Jena): Hat der Dienstberechtigte das vertragsmäßige Kündigungsrecht zur Anwendung gebracht, obschon ihm die Gründe, welche ihn zur sofortigen Entlassung des Dienstverpflichteten berechtigten, bekannt waren, so kann er nicht nachträglich von diesen Entlassungsgründen Gebrauch machen und die alsbaldige Entlassung fordern.

b) GewG. **10** 183 ff. (KfmG. Breslau): Das Entlassungsrecht geht nicht durch eine kurzzeitige Weiterbeschäftigung verloren; der Prinzipal muß nicht sofort nach dem Bekanntwerden des Entlassungsgrundes von diesem Gebrauch machen.

Es genügt, wenn der ursächliche Zusammenhang zwischen der Verfehlung und der Entlassung feststeht und die Benutzung des Entlassungsgrundes nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise hinausgeschoben wird.

3. Wichtige Gründe. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **1** § 626 Ziff. 2, 2 Ziff. 6, 3 Ziff. 6. **a)** *Hilse, TechnGemBl. **05** 59: Nicht die Bezeichnung, welche dem Inhaber eines Amtes beigelegt wird, vielmehr nur der Umfang der ihm übertragenen Amtsgeschäfte bildet den wesentlichen Inhalt des Dienstvertrags. Deshalb gibt nach Hilse der Umstand, daß dem Inhaber eines städtischen Bauamts seitens der Aufsichtsbehörde die Bezeichnung als Stadtbaurat untersagt und nur als städtischer Baurat gestattet wird, keinen Anspruch auf Lösung des Dienstvertrags bzw. auf Entschädigung wegen Dienstannahmeverweigerung. **b)** **RG.** BadRpr. **05** 133: Lange andauernde Nichtbeschäftigung als Kränkung des Dienstverpflichteten und wichtiger Grund zum sofortigen Austritte. (S. auch oben zu § 611 Ziff. 3a.) **c)** **RG.** ElsLothZ. **05** 539/40: Wichtiger Grund für die sofortige Entlassung nicht bloß die tatsächliche Schädigung des Dienstherrn und die Verletzung seiner Interessen durch die Machenschaften des Angestellten, sondern auch schon die vom Standpunkte vernünftigen kaufmännischen Ermessens gerechtfertigte Befürchtung des Dienstherrn, daß seine Interessen durch den Angestellten gefährdet seien. **d)** PuckeltsZ. **05** 596ff. (Köln): Annahme von „Gratifikationen" für Erteilung von Lieferungen durch einen mit hohem Gehalt angestellten selbständigen Leiter eines großen Betriebs (Maschinenfabrik) als wichtiger Grund zu sofortiger Entlassung.

§ 627. 1. BayObLG. **6** 188ff., insbesondere 193/4, R. **05** 251 Nr. 1123, betont die Übereinstimmung der §§ 627, 628 mit dem früheren bayrischen Rechte. Es schließt nicht aus, daß dem zur Dienstleistung Verpflichteten die volle Vergütung auch für den Fall zugesichert wird, daß seine Dienstleistung durch Ausübung des Kündigungsrechts des Dienstberechtigten ein vorzeitiges Ende findet.

2. **RG.** JW. **05** 20 Ziff. 17: Das Kommissionsgeschäft ist ein Dienstvertrag im Sinne des § 627. Eine Kündigung liegt in der Weigerung, das Kommissionsverhältnis anzutreten.

3. **RG.** **59** 247ff.: § 627 auf das Rezeptum nicht anwendbar. Näheres oben zu § 611 Ziff. 4f.

§ 628. SeuffA. **60** 152/3 (Hamburg): Der § 70 Abs. 2 HGB. ist lediglich eine Wiederholung des § 628 Abs. 2 BGB. Unter „vertragswidrigem Verhalten" ist ein subjektiv rechtswidriges Verhalten, ein subjektives Verschulden zu verstehen. (Verneint in einem Falle, wo der Prinzipal gutgläubig auf Grund bestimmter Verdachtsmomente die Überzeugung gewonnen hatte, daß der Gehilfe die Ladenkasse bestohlen habe, und er polizeiliche Untersuchung und Einleitung des Strafverfahrens veranlaßte.)

§ 630. 1. Nachträgliches Zeugnis. S. JDR. **3** § 630 Ziff. 2, 3aα a. E. **a)** Für die Möglichkeit eines nachträglichen Zeugnisses: α. OLG. **9** 251, SeuffA. **59** 465, SchlHolstAnz. **04** 168 (Kiel): Das Zeugnis soll die Ansicht des Prinzipals wiedergeben. Die einmal erfolgte Äußerung dieser Ansicht ist nicht bindend. Den Prinzipal trifft die zum mindesten moralische Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Zeugnisses; glaubt er sie für ein früheres Zeugnis nicht mehr tragen zu können, so darf er und ist er sogar verpflichtet, dies bei gegebener Gelegenheit auszudrücken. Orientiert er sich über die Leistungen des Zeugnisberechtigten genauer, als dies bei Ausstellung des ersten Zeugnisses geschehen war, so handelt er nur pflichtgemäß. (Entschieden zu § 73 HGB.) S. dieses Urteil auch in JDR. **3** § 73 HGB. Ziff. 2b und dagegen Brückmann, SeuffBl. **04** 518ff. (JDR. **3** zu § 73 Ziff. 2 HGB. und § 630 BGB.

Ziff. 3aα). — β. GewG. 5 66 ff. (Burg): Der Anspruch auf Erteilung des Zeugnisses verjährt erst in 30 Jahren.

b) Dagegen: α. Brückmann: S. o. zu 1aα. — β. *B. Hilse, Das Dienstzeugnis, Holdheims MSchr. 05 209 ff., bemerkt gegenüber dem Urteile des GewGer. Burg: Das in den Gesetzesstellen (§ 630 BGB., §§ 73, 76 HGB., § 113 GewO.) gewählte „bei" schließt diese Möglichkeit schon aus dem Grunde aus, weil es sprachgebräuchlich als Bindewort und nicht als Trennungswort zur Anwendung kommt, was logisch dazu führt, einen unmittelbaren Zusammenhang bzw. eine kurze zeitliche Aufeinanderfolge zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Ausstellung des Dienstzeugnisses zu fordern. In einem späteren Zeitpunkte würde es dem Zwecke, zum Erlangen einer neuen Stellung förderlich zu sein, nicht mehr dienen, vielmehr davon gar kein Gebrauch gemacht werden können, wenn zwischen der Lösung des Arbeitsverhältnisses und dem Anspruch auf das Zeugnis ein weiter Zeitabschnitt, vielleicht sogar ein inzwischen bestandenes neues Beschäftigungsverhältnis liegt, — § 226 BGB. würde Anwendung finden. — γ. *B. Hilse, AnnfGewuBauw. 56 218, widerlegt die seitens einzelner Gewerbegerichte vertretene Auffassung, daß der Anspruch auf ein Dienstzeugnis erst mit Ablauf der ordentlichen 30jährigen Verjährungsfrist untergeht, weil nur unmittelbar, bzw. bloß sehr kurze Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses der Anspruch erhoben werden könne, solcher auch dadurch verloren gehe, daß bei der Entlassung eine Bescheinigung über die Dauer des Arbeitsverhältnisses vorbehaltlos angenommen wurde. — δ. LG. Berlin I, KGBl. 05 33/4: Der Zeugnisberechtigte muß seinen Anspruch „bei Beendigung des Dienstverhältnisses" erheben. Dann ist der Dienstherr noch in der Lage, ein den Verhältnissen entsprechendes Zeugnis auszustellen. Das Recht auf ein Zeugnis ist nicht unverzichtbar. Läßt sich der Berechtigte zunächst das Zeugnis über seine Beschäftigung ausstellen und nimmt er das ausgestellte vorbehaltlos an, so ist sein Recht damit erledigt. Durch die Annahme gibt er zu erkennen, daß es ihm genügt, daß er den Anspruch auf ein Zeugnis über Führung und Leistungen nicht erheben will. Nachträglich kann er nicht erneut mit dem Verlangen kommen, ein Zeugnis über Führung und Leistungen ausgestellt zu erhalten, nachdem er auf diesen Anspruch durch sein damaliges Schweigen verzichtet hat. ⇛ Das AG. nahm an, daß der Zeugnisberechtigte die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren hindurch den Anspruch auf sein Zeugnis über Führung und Leistungen geltend machen könnte und daß ein Verzicht auf das Zeugnis als auf einen Anspruch öffentlichen Rechtes nicht zulässig wäre. — Diese Auffassung ist zweifellos unrichtig. Was besonders die Verjährungsfrage anbelangt, so liegt hier ein Mißverständnis vor. Gewiß kann der Zeugnisberechtigte 30 Jahre lang das Zeugnis fordern, aber nur, wenn er den Anspruch darauf „bei Beendigung des Dienstverhältnisses" geltend gemacht hat. — Die Entscheidung ist zu § 73 HGB. ergangen, besitzt aber allgemeine Gültigkeit auch für § 630 BGB. — Red. ⇚

2. Recht auf materiell richtiges Zeugnis. Nachprüfung durch das Prozeßgericht. S. JDR. 2 § 630 Ziff. 4, 3 Ziff. 3, HGB. JDR. 3 § 73 Ziff. 2, s. auch JDR. 2 § 73. — a) Schwedler, DJZ. 05 117 f.: Das Zeugnis ist seinem Wesen nach der Ausdruck der Überzeugung des Dienstherrn, es berichtet nicht nur rein Tatsächliches, sondern stellt sich auch als ein Urteil über Dinge dar, die nicht mit einem absolut festen und überall gleichen Maßstabe gemessen werden können. Abgesehen von unrichtigen tatsächlichen Angaben kann der Dienstherr nicht gezwungen werden, ein Zeugnis auszustellen, das seiner Überzeugung nicht entspricht. Grundlage des Anspruchs auf Berichtigung subjektiver Urteile im Dienstzeugnis ist, daß der Dienstherr wider besseres Wissen

geurteilt hat; denn nur dann liegt nach dem Wesen des Zeugnisses eine Unrichtigkeit vor. Antrag und Urteil müssen bestimmt angeben, wie die Berichtigung erfolgen, was wegbleiben, was als Ersatz gesagt, was hinzugesetzt werden soll. — **b)** Aus der Rechtsprechung. — α. GewG. **10** 114 ff. (München): Das Prädikat „fleißig" bezeichnet eine Charaktereigenschaft, die nach dem ganzen Verhalten einer Person, nicht nach einem einzelnen Vorkommnis beurteilt werden darf. (Verurteilung zur Ausstellung eines Zeugnisses mit dem Prädikat „fleißig".) — β. LG. Berlin I, GewG. **10** 161 ff.: Der Diener eines vornehmen Hotels hatte einen Gast bei seiner Abreise darauf aufmerksam gemacht, daß das gezahlte Trinkgeld zu niedrig wäre. Er wurde mit folgendem Zeugnis entlassen: „Seine Leistungen waren zufriedenstellend, auch seine Führung war genügend, bis auf den Umstand, daß er von einem vornehmen Gaste auf ungehörige Weise Erhöhung des ihm verabreichten Trinkgeldes verlangte". Das GG. Berlin verurteilte zur Ausstellung folgenden Zeugnisses: „Seine Leistungen und seine Führung waren im allgemeinen zufriedenstellend". Das LG. wies die Klage ab, indem es folgendes ausführt: das Zeugnis entspricht vollkommen der Wahrheit. Es ist die Frage, ob durch den § 113 GewO. die Angabe des Entlassungsgrundes im Zeugnisse verboten ist, zu verneinen, die Führung des Arbeiters zu charakterisieren, wird gerade nach § 113 Abs. 2 verlangt. Das läßt sich in Fällen besonders grober Pflichtverletzung oft gar nicht besser tun, als daß man das Vorkommnis im Zeugnis angibt. Der betr. Schuldige hat keinen Anspruch darauf, daß sie durch ein allgemeines Urteil bemäntelt wird. — γ. OLG. **10** 330 (Hamburg) erklärt es für zweifelhaft, ob die Angabe, daß der Gehilfe (§ 73 HGB.) eine „bessere" Stellung gehabt habe, eine tatsächliche Behauptung sei. — Für die Angabe, daß die Leistungen nicht genügt hätten, werden als ausreichend die Tatsachen angesehen, daß der Mitinhaber des Geschäfts nicht zufrieden gewesen ist, daß wiederholt Differenzen zwischen ihm und dem Zeugnisinhaber stattgefunden haben, so daß er ihm wiederholt gekündigt und nur auf Veranlassung eines anderen Angestellten die Kündigung rückgängig gemacht, daß er sich auch einer erheblichen geschäftlichen Unachtsamkeit schuldig gemacht hatte. — δ. OLG. **9** 251, SeuffA. **59** 465, SchlHolstAnz. **04** 168 (Kiel) — (s. insbes. o. Ziff. 1a): Die Angabe einzelner Versehen gehört nicht in das Zeugnis, das lediglich ein Urteil, nicht aber eine detaillierte Begründung zu enthalten hat.

3. Klage mit Tenor. OLG. **9** 252 (KG.) — s. auch IDR. **3** § 73 Ziff. 2d HGB. —: Der Zeugnisberechtigte kann nicht von vornherein die Erteilung eines Zeugnisses mit einem von ihm vorgeschriebenen Inhalte fordern. Die Formulierung des Zeugnisses ist Sache des Prinzipals. Glaubt der Berechtigte sich durch die Fassung des Zeugnisses beeinträchtigt, so kann er unter Umständen auf Berichtigung klagen. (Zu § 73 HGB. entschieden.) — Vgl. dagegen Brückmann, SeuffBl. **04** 518 ff. (IDR. 3 zu § 630 BGB. Ziff. 3aα).

4. §§ 630 und 226. **RG.** PucheltsZ. **05** 641, IW. **05** 388 Nr. 4: Gegen das KG. lehnt das RG. die Anwendung des § 226 auf das Verlangen nach einem Zeugnis ab, in dem der Kläger bestätigt haben wollte, daß er einen Tag (vom 13.—14. Dezember) als Aufseher beschäftigt gewesen sei, nachdem er vom 20. Juni bis 13. Dezember als gewöhnlicher Arbeiter bzw. Vorarbeiter beschäftigt gewesen war. S. im übrigen o. zu § 226 Ziff. 3b.

5. Schadensersatzpflicht. — **a)** **RG.** PucheltsZ. **05** 344 ff., IW. **05** 369 Nr. 8, DIZ. **05** 697: Schadensersatzpflicht desjenigen, der ein Zeugnis bewußt unwahr ausgestellt hat. (S. auch u. zu § 826.) Hierbei wird bemerkt: „Das Zeugnis, das ein Prinzipal dem Handlungsgehilfen über Art und Dauer der Beschäftigung sowie über seine Führung und Leistungen ausstellt (HGB.

§ 73) „ist dazu bestimmt, dem Handlungsgehilfen bei Bewerbung um anderweite Anstellung als Ausweis zu dienen und denen, an die er sich zu diesem Behufe wendet, Auskunft über seine Qualifikation zu geben". ⇛ Diese Sätze treffen natürlich auf das Zeugnis aus § 630 BGB. erst recht zu. — Red. ⇚ — **b**) Gorden, DienstbO. und BGB., HansGZ. **05** Beibl. 101 ff.: § 38 Hamb. DienstbO. v. 7. 12. 98 ist auch § 630 BGB. gegenüber rechtswirksam.

Siebenter Titel. Werkvertrag.

Vorbemerkung: Außer Rümelin, dessen umfassendes Werk oben (zu §§ 611 ff.) erwähnt und auf dessen Selbstbericht zum ganzen Werkvertragsrechte hier zu verweisen ist, haben im wesentlichen aus der Literatur nur Wittich (§ 651) und Hilse (§ 632) einzelne Fragen behandelt. Von Rümelin selbst waren noch interessante Bemerkungen zu § 634 und § 640 zu verzeichnen (Abnahme-Begriff!). Die Praktiker werden vornehmlich die zu § 631 mitgeteilten verschiedenen Vertragstatbestände und die wichtigen Urteile über den Begriff des Werkes bzw. Bauwerkes unter den Gesichtspunkten der §§ 638 Ziff. 2 und 3 und 648 interessieren, daneben erscheinen besonders bedeutsam die (§ 631 Ziff. 5) zur Entscheidung gelangte Frage, wie weit sich bei gewissen Werkverträgen gleichzeitig eine Verpflichtung zur Ratserteilung feststellen läßt, und die Frage der Vergütung für Vorbesichtigungen (§ 632 Ziff. 2).

Literatur: Baum, Heß, Rümelin — s. o. zu §§ 611 ff., 631 ff. — Th. Meyer, Das ärztliche Vertragsverhältnis. Berlin 1905. — Oberloskamp, Abnahmepflicht nach dem BGB. Leipzig 1905. — Wittich, Zum § 651 BGB., GruchotsBeitr. **49** 276—286.

§ 631. Einzelne Fälle. Vertragstatbestände. S. JDR. **1** § 631 Ziff. 1, **2** Ziff. 5, **3** Ziff. 7. 1. Vertrag mit Operateur. — **a**) *Meyer, Das ärztliche Vertragsverhältnis: der auf Vornahme einer Operation gerichtete Vertrag zwischen dem Arzte und dem Kranken (oder einem Dritten) ist regelmäßig ein Werkvertrag. Der Erfolg liegt dabei in der Erreichung der gewollten mechanischen Veränderung eines menschlichen Körperteils unter Beobachtung der von der ärztlichen Wissenschaft vorgezeichneten Regeln. — **b**) OLG. Karlsruhe, **05** 49 ff., bezeichnet den Vertrag mit einem Operateur als einen Werkvertrag. — **c**) Über den ärztlichen Dienstvertrag s. o. zu § 611 Ziff. 4a.

2. Personenbeförderung. S. a. JDR. **2** § 631 Ziff. 5a. — α. **RG.** JW. **05** 484 ff.: Personenbeförderungsvertrag ist Werkvertrag. Über den Begriff des „Werkes" s. Näheres u. zu § 638 Ziff. 2, 3. — β. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1011, JW. **05** 147 Ziff. 30, EisenbE. **21** 390: Frachtvertrag ist Werkvertrag. — γ. Beförderung im Hotelwagen. BayRpflZ. **05** 306/7 (München): Beförderung von Hotelgästen im Hotelwagen Transport- (d. h. Werk-) Vertrag. Haftung des Besitzers für Fahrlässigkeit bezüglich der Beschaffenheit des Wagens.

3. Schleppvertrag. S. JDR. **2** § 631 Ziff. 5d. — **RG. 59** 306 ff., insbes. 309: Schleppvertrag nicht Dienstvertrag, sondern Werkvertrag. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß die nautische Leitung des Schleppzugs, insbesondere die genauere Bestimmung des einzuschlagenden Kurses, dem Schlepper als dem „Unternehmer des Werkes" obliegt. Es ist sehr wohl möglich und mit dem Begriffe des Werkvertrags vereinbar, daß in dieser Hinsicht dem „Besteller" oder dessen Leuten die Pflicht obliegt, die Kurshaltung derart zu leiten, daß auf dem Schlepper im einzelnen nur nach Weisung gesteuert werden sollte. Dies wäre dann im Sinne des Gesetzes eine Handlung des Bestellers, die bei der Herstellung des Werkes erforderlich ist (§ 642). Es ist Auslegung des Einzelvertrags, was nach Lage der Umstände bei den mannigfachen denkbaren Abstufungen der Teilung der Navigierung als gewollt anzunehmen ist.

4. Schiedsvertrag. OLG. **10** 177 (Hamburg): Der Vertrag mit dem Schiedsrichter ist nicht als Werkvertrag aufzufassen; er übernimmt nicht die

Verpflichtung, gegen Vergütung einen mängelfreien Schiedsspruch herzustellen; er übernimmt die Funktion eines Richters in der streitigen Angelegenheit, also die Entfaltung derjenigen geistigen Tätigkeit, welche die Entscheidung des Streites erheischt. Wird ihm ein Honorar gewährt, so erhält er es nicht als Werkvergütung, sondern als Belohnung für die von ihm aufgewendete Arbeit und Zeit. Das Honorar kann deshalb nicht etwa zurückgefordert werden, weil das ordentliche Gericht den Schiedsspruch hinterher für rechtsungültig erachtete. — S. weiteres über den Vertrag mit dem Schiedsrichter **RG.** 59 247 ff. und o. zu § 611 Ziff. 4f.

5. Gleichzeitige Verpflichtung zur Ratserteilung bei Lieferungen. S. JDR. 2 § 631 Ziff. 5e unter δ. — **a) RG.** JW. **05** 20 Ziff. 18, DJZ. **05** 169, R. **05** 78 Nr. 276 (s. auch o. zu § 306 Ziff. 3): Der Unternehmer, der nicht nur die Ausführung eines Bauwerks, sondern auch die Anfertigung der erforderlichen Pläne und Kostenanschläge übernimmt, schließt mit dem Besteller nicht einen reinen Werkvertrag, sondern auch einen Dienstvertrag, der den Unternehmer zur Anfertigung sachgemäßer, durchführbarer, die Brauchbarkeit des Werkes gewährleistender Vorschläge verpflichtet. Eine ähnliche Verpflichtung gilt, wenn der — nicht sachverständige — Besteller selbst einen Bauplan gefertigt hat, dessen Ausführung er dem — sachverständigen — Unternehmer übertragen will. Es entspricht der Verkehrsauffassung, daß in einem solchen Falle der Unternehmer die Durchführbarkeit und Brauchbarkeit des Werkes zu prüfen und etwaige Bedenken dem Besteller vorzuhalten hat. Der Besteller erwartet in solchem Falle den Rat des Unternehmers; die Verpflichtung zur Ratserteilung, zur Prüfung des beabsichtigten Werkes, kann als stillschweigend vereinbart gelten. — Anders jedoch, wenn der Besteller eines bereits genau bestimmten und beschriebenen Werkes selbst sachverständig ist, oder wenn er sich die Pläne und Beschreibungen von einem anderen Sachverständigen hat anfertigen lassen. Insbesondere dann nicht, wenn das der zweckmäßigen Verwendung des Werkes entgegenstehende Hindernis nicht unüberwindlich ist, sondern durch behördlichen Dispens beseitigt werden kann. (Ein Werkstattraum war wegen zu tiefer Lage nicht genehmigt; es konnte Dispens erteilt werden; an den Plänen hatten zwei Sachverständige gearbeitet. Prüfung, ob Pflicht bestand, nachzufragen, ob der Dispens erteilt sei. Zurückweisung ans OLG. Naumburg.) — **b)** Vertrag mit Bauunternehmer s. JDR. 3 § 631 Ziff. 7b zu β und o. zu § 611 Ziff. 4e (**RG.** SeuffA. **60** 351/2: Haftung aus dem Gesichtspunkte des Dienstvertrags in bezug auf Ratserteilung, — s. auch u. zu § 676).

6. Rat und Empfehlung bezüglich des Ankaufs von Aktien — Dienst- oder Werkvertrag? S. **RG.** JW. **05** 502 Nr. 35 — unten zu § 676.

7. Vertrag mit Ballettmeister. OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 221 ff, R. **05** 592 Nr. 2402: Ein Vertrag, durch den sich ein Ballettmeister zur Veranstaltung von Vorstellungen mit einem eigenen Damen-Tanzensemble verpflichtet, ist ein Werkvertrag.

8. Vertrag mit Artisten. LG. München, SeuffBl. **05** 489 ff.: Das wesentlichste Merkmal des Werkvertrags ist die Absicht des Unternehmers, ein gewisses Endergebnis herbeizuführen, und seine Selbständigkeit bei Herbeiführung dieses Ergebnisses (Vertrag eines Artisten mit einem Variétébesitzer — Werkvertrag).

§ 632. 1. *B. Hilfe, JW. **05** 106 ff.: Bei dem Werkvertrage gilt, wenn die Höhe der Vergütung nicht bestimmt wurde, die taxmäßige bzw. die übliche als vereinbart, wenn nur gegen eine solche die Leistung zu erwarten ist. Hilse weist nach, daß bei einem Wettbewerb um eine Arbeitsgelegenheit, also im Sub-

missionsverfahren der ein Gebot Abgebende einen Anspruch auf Vergütung seiner aufgewendeten Zeit und Arbeitskraft überhaupt nicht erheben kann, insonderheit aber den von dem Verbande der Architekten und Ingenieurvereine bzw. dem Innungsverbande deutscher Baugewerksmeister aufgestellten, für deren Mitglieder maßgebenden Gebührenordnungen für Berechnung ihrer Leistungen die Eigenschaft einer Taxe oder eines Ortsgebrauchs nicht beiwohnt, auch die Ansicht rechtsirrtümlich sei, welche aus dem Beschlusse des RG. (III. 3S. v. 3. 10. 01) solche ableiten will.

2. Vergütung für Vorbesichtigung. AG. Berlin I, KGBl. **05** 71/2: Wird ein Bausachverständiger zur Besichtigung eines Grundstücks aufgefordert, ohne daß er nachher einen Auftrag zur Anfertigung von Zeichnung und Kostenanschlag erhält, so ist seine Tätigkeit als ein in sich abgeschlossener Gegenstand eines besonderen Vertrags anzusehen, die nur in der stillschweigenden Erwartung einer Vergütung beansprucht und geleistet wird (§§ 612, 632); anders liegt die Sache, wenn die Arbeiten ausgeschrieben werden und daraufhin die Bewerber die erforderlichen Besichtigungen vornehmen. Unmöglich kann die Besichtigung als eine außervertragliche und deshalb nicht zu honorierende Tätigkeit angesehen werden, wenn es auch vielleicht richtig ist, daß sie, wenn es zur Herstellung des „eigentlichen Werkes" (des Umbaues) durch den Sachverständigen gekommen wäre, nicht besonders hätte vergütet werden müssen. — Entgegengesetzt LG. Berlin I, ebenda 72: Findet die Besichtigung lediglich innerhalb des Rahmens einer unverbindlichen Vorbesprechung statt, so ist sie nicht Gegenstand eines besonderen Vertrags und kann auch nicht als erste Erfüllungshandlung eines beabsichtigten, aber nicht zustande gekommenen Vertrags angesehen werden. — Anders, wenn ein Hauseigentümer eine Besichtigung seines Hauses lediglich zu seiner Information vornehmen läßt. — Über die verwandte Frage der Vergütung von Entwürfen und Kostenanschlägen s. zu § 632 JDR. **2** Ziff. 9, **3** Ziff. 4.

§ 633. *Baring, SächsA. a. a. O.: Ersatz der Aufwendungen nur, wenn Geschäftsführung gewollt war; s. u. zu § 670.

§ 634. 1. *Rümelin: Der § 634 gibt dem Besteller beim Werkvertrag die ädilizischen Klagen, wenn das hergestellte Werk nicht die zugesicherten Eigenschaften hat, und diese Klagen sind auch dann gegeben, wenn die fehlerhafte Beschaffenheit des Werkes nicht die Folge eines Zufalls, sondern einer Verschuldung des Unternehmers ist. Beim Dienstvertrag hat der Dienstberechtigte im Falle einer Verschuldung zunächst nur Schadensersatzklage, die teilweise, aber nicht vollständig zu demselben praktischen Resultat führt wie die ädilizischen Klagen. Es erscheint aber angezeigt, die zunächst nur für den Werkvertrag gegebenen ädilizischen Klagen auch beim Dienstvertrag für anwendbar zu erklären, wenn es sich um die Herstellung oder Bearbeitung von Sachen handelt (196), und dasselbe ist denn auch in bezug auf die Bestimmungen des § 636 zu sagen (210).

2. LG Magdeburg, NaumburgAK. **05** 26: Eine Unmöglichkeit der Beseitigung des Mangels ist dann anzunehmen, wenn das ganze Werk, um es für den gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch tauglich zu machen, neu angefertigt werden muß. (Verneint in bezug auf ein aus zwei Teilen bestehendes Gebiß, von dem die Hälfte neu anzufertigen war.)

§ 635. 1. OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 7 ff., R. **05** 251 Nr. 1124: Der Unternehmer hat nur das Nichtvorhandensein einer besonders gewährleisteten, nicht auch das Fehlen einer bloß zugesicherten Eigenschaft zu vertreten.

2. **RG.** SächsA. **15** 194 ff., R. **05** 369 Nr. 1657: Ein Baumeister, der es übernommen hat, ein Haus in der besten und den Anforderungen der Baukunde und Neuzeit entsprechenden Form, bewohnbar, betriebsfähig und trocken in allen Teilen herzustellen, ist schadensersatzpflichtig, wenn er es unterlassen hat, das in

der Nähe eines Flusses im Grundwassergebiete stehende Haus gegen Grundwasser und Grundluft zu isolieren, und das Haus infolgedessen durch Feuchtigkeit und Schwammbildung gelitten hat. Soll die Bautechnik der Neuzeit maßgebend sein und ist mit dieser die bisherige örtliche Übung nicht vereinbar, so darf diese nicht befolgt werden. Der Baumeister wäre nur dann schuldfrei, wenn der andere Teil, auf die Notwendigkeit der besseren Fundamentierung usw. aufmerksam gemacht, diese zurückgewiesen und die Mehrkosten abgelehnt hätte.

§ 638. 1. Anwendung des § 638 auf den Schleppschiffahrtsvertrag. S. JDR. **3** § 638 Ziff. 1. — LG. Hamburg, HansGZ. **05** Hauptbl. 53/4, wendet den § 638 an, wenn der Schleppvertrag zur vollen Ausführung gelangt und dem Schlepper lediglich die Vernachlässigung seiner Pflichten aus dem Vertrage vorzuwerfen ist. Ist aber das Schiff unversehrt ans Ziel gebracht und hat nur in Ausübung der ihm übertragenen Tätigkeit der Unternehmer einem Dritten gegenüber eine unerlaubte Handlung begangen, für die der Besteller ganz oder beschränkt haftet, so läßt sich nicht sagen, daß das Werk, das sinnfällige Produkt der Tätigkeit des Unternehmers, mit Fehlern im Sinne des § 633 behaftet sei. Gemeint sind in den §§ 638, 633, 634 nur solche die Güte des Werkes nur unmittelbar beeinflussende Fehler, die es, sofern es nicht in rein geistiger Arbeit besteht, anders in die körperliche Erscheinung treten lassen, als es nach dem Vertrage der Fall sein müßte. Hiermit hat die vertragswidrige Belastung des Bestellers mit dem Anspruch eines Dritten (s. o.) nichts gemein. — S. auch o. zu § 426 Ziff. 5. Auch AG. Hamburg, ebenda 122, wendet den § 638 an, LG. Hamburg 123 läßt die Frage unentschieden.

2. Bauwerk. S. JDR. **2** § 638 Ziff. 3, **3** Ziff. 2. — **a)** OLG. Marienwerder, R. **04** 447 Nr. 1803, ZBlFG. **5** 266 Nr. 261 — s. JDR. **3** a. a. O. — jetzt auch SeuffA. **60** 11/2 (Doppelröhrenbrunnen kein Bauwerk). — **b)** R. **05** 369 Nr. 1658 (Stettin): Ländliche Drainagearbeiten kein Bauwerk; es fehlt auch die Verbindung mit dem Boden (**RG. 56** 43). — Dagegen Schneider a. a. O. — **c)** Über den Begriff des Werkes s. auch zu § 836 (**RG.** SchlHolstAnz. **05** 163). — **d)** S. ferner u. zu § 648.

3. Anwendung auf immaterielle Werke. — **a) RG.** JW. **05** 484 ff. Nr. 1, R. **05** 500 Nr. 1927: Der § 638 leidet auch auf Fälle Anwendung, wo der versprochene immaterielle Erfolg nur mangelhaft herbeigeführt worden ist. Wenn in vielen dergleichen Fällen von einer „Beseitigung des Mangels" und von einer Wandelung nicht gesprochen werden kann, so verbietet sich die Anwendbarkeit des § 638 wegen Gegenstandslosigkeit von selbst. Jedenfalls ist ein Schaden wegen nur mangelhafter Herbeiführung des versprochenenen Erfolges tatsächlich möglich. — **b) RG.** Holdheims MSchr. **05** 261, JW. **05** 502/3 Nr. 35, R. **05** 679 Nr. 2816: Der § 638 findet keine Anwendung auf Ansprüche aus unrichtiger Ratserteilung bezüglich des Ankaufs von Aktien, wenn der Rat oder die Empfehlung lediglich den integrierenden Bestandteil eines anderen Hauptgeschäfts bildet. S. Näheres darüber unten zu § 676.

4. **RG.** R. **05** 617 Nr. 2540: Der Anspruch aus § 847 unterliegt nicht der Verjährung aus § 638 (Unfall aus einem Transportvertrage).

5. Die Abnahme. — **a)** R. **05** 592 Nr. 2403 (Breslau): Die Abnahme des Werkes im § 638 bedeutet einen rein tatsächlichen Vorgang, der von § 646 in dem Ausnahmefalle des § 640 Abs. 1 durch die Vollendung ersetzt wird. Sie entspricht schlechthin der Übernahme des gekauften Gegenstandes. — **b) RG.** Holdheims MSchr. **05** 80/1: Über Abnahme und Annahme nach § 433 Abs. 2 s. o. § 433 Ziff. II 1. — **c)** Weiteres über den Abnahmebegriff s. insbes. JDR. **1** § 640, **2** Ziff. 1 zu § 640, Ziff. 4 zu § 433, **3** zu § 640 u. unten zu § 640 Ziff. 1.

§ 640. 1. Begriff der Abnahme. S. JDR. **1** § 640, **2** Ziff. 1 zu § 640, Ziff. 4 zu § 433, **3** zu § 640, s. a. o. zu § 638 Ziff. 5.

a) *Rümelin: Mit der herrschenden Lehre ist unter Abnahme Übergabe und Billigung zu verstehen. Eine Verpflichtung zur Billigung statuiert schon der § 363, allerdings nur in dem Sinne, daß der Gläubiger die Leistung prüfen und etwaige Fehler rügen muß, wenn er den Nachteil des § 363 vermeiden will, daß die Beweislast sich zu seinen Ungunsten umdreht. Wenn in dieser Weise einer Person Nachteile angedroht sind, die sie durch Vornahme bestimmter Handlungen vermeiden kann, so kann man von einer indirekten Verpflichtung im Gegensatze zur direkten, erzwingbaren Verpflichtung reden (217). An dieser indirekten Verpflichtung zur Billigung, die der § 363 für alle Obligationsverhältnisse, also: insbesondere gleichmäßig für Dienst- und Werkvertrag anordnet, ändert der § 640 nichts, er verwandelt namentlich nicht die indirekte Verpflichtung zur Billigung in eine direkte (224). Der § 640 statuiert vielmehr nur eine direkte Verpflichtung des Bestellers, bei der Übergabe des hergestellten Werkes bei Vermeidung von mora solvendi mitzuwirken, und diese Bestimmung muß nun auch auf den Dienstvertrag übertragen werden, wenn bei demselben die Übergabe einer Sache in Frage steht (233).

b) *Oberloskamp, Abnahmepflicht: Dem Besteller ist mit der Abnahmepflicht die Pflicht zur körperlichen Wegnahme und zur Annahme als Erfüllung auferlegt; überhaupt hat der Abnahmebegriff des Werkvertrags diesen doppelten Inhalt. Zwar ist diese Auslegung nicht einwandfrei; insbesondere ergibt danach § 640 Abs. 1 BGB. die willkürliche Regelung, daß bei solchen Werken, die eine körperliche Wegnahme nicht zulassen, mit der Wegnahmepflicht auch die Pflicht zur Annahme als Erfüllung wegfällt. ➺ Es ist deshalb der Ansicht, wonach Abnahme beim Werkvertrage grundsätzlich körperliche Wegnahme bedeutet, der Vorzug zu geben. ⟵

c) OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 98, R. **05** 679 Nr. 2817: Unter Abnahme ist die körperliche Entgegennahme des Werkes und sodann die Anerkennung der Leistung als Erfüllung zu verstehen.

2. OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 98, R. **05** 679 Nr. 2817: Vorherige Mängelrügen sind als nicht geschehen zu betrachten, wenn sie bei der Abnahme nicht wiederholt werden. Nachherige Rügen sind ganz bedeutungslos.

§ 641. LG. Berlin I, KGBl. **05** 62: Auch ein Mangel, der nach § 634 Abs. 3 ein Rücktrittsrecht nicht begründet, schließt die Abnahmepflicht des Bestellers aus (§ 641 Abs. 1 Satz 1); er braucht es erst nach vertragsmäßiger Herstellung abzunehmen.

§ 644. *B. Hilse, DVersZ. **05** 44 ff.: Der Werkmeister trägt dem Besteller gegenüber die Gefahr bis zur Abnahme, mithin trifft ihn der durch Zufall herbeigeführte Schaden. Einen durch Feuer beschädigten Rohbau hat der Übernehmer für eigene Rechnung in guten Stand zurückzuversetzen, woraus sich für ihn die Pflicht ergibt, gegen die Feuersgefahr nach Fortschritt des Baues Versicherung zu nehmen.

§ 648. 1. **a)** OLG. **10** 181, R. **05** 251 Nr. 1125 (KG.): Die Fertigung der Zeichnungen und Berechnungen fällt als eine den Bau nur vorbereitende Tätigkeit an sich nicht unter § 648. (Sie war hier erfolgt in Erfüllung eines besonderen Dienstvertrags.) — **b)** Ebenso OLG. Karlsruhe, Puchelts Z. **05** 725 ff., verneint die Frage, ob ein Architekt, der Pläne usw. zu fertigen, die verantwortliche Bauleitung zu übernehmen und die Verträge mit den Einzelunternehmern aufzustellen hat, als Unternehmer im Sinne des § 648 zu betrachten sei. (Eingehende Begründung aus der Entstehungsgeschichte.)

2. BadRpr. 05 346 (Karlsruhe): Tüncherarbeiten als Teile des Bauwerkes. Der Begriff „eines einzelnen Teiles eines Bauwerks“ ist nicht eng auszulegen.

§ 649. PosMSchr. 05 149 (Marienwerder): Anwendung des § 324 bei Weigerung des Bestellers, sich bezüglich des Akkordlohns an den Vertrag zu halten.

§ 651. 1. *Wittich: Weder das gemeine Recht, noch § 651 BGB. stellt eine Präsumtion dafür auf, daß ein auf Lieferung vom Lieferanten aus ihm gehörigen Materiale herzustellender Sachen als Kaufvertrag bzw. als Werkvertrag zu behandeln sei. Vielmehr ist in jedem einzelnen Falle nach den äußeren Umständen, der Verkehrsanschauung und der Willensmeinung der Kontrahenten festzustellen, ob begrifflich ein Kaufvertrag oder ein Werkvertrag, ein Sachlieferungs- oder ein Werklieferungsvertrag vorliegt. § 651 bezieht sich nur auf Werklieferungsverträge. Ist ein solcher anzunehmen, so finden auf ihn die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung. Nur soweit es sich um einen auf Herstellung und Lieferung vertretbarer Sachen gerichteten Werkvertrag handelt, sind auf ihn die Vorschriften über den Kauf anzuwenden. Den Parteien ist es jedoch nubenommen, auch solchenfalls die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Werkvertrag ausdrücklich oder stillschweigend zu vereinbaren.

2. OLG. 11 204/5 (KG.): Bei einem Werkvertrage, bei dem der Unternehmer den Stoff bzw. die Materialien, aus denen die Sache hergestellt wird, zu liefern hat, steht die hergestellte Sache zunächst im Eigentume des Unternehmers; dieser ist aber verpflichtet, sie dem Besteller zu Eigentum zu übertragen. Der Werkvertrag ist grundsätzlich als ein Kauf anzusehen. Die Übertragung einer solchen Sache ist aber so wie bei einer verkauften Sache zu behandeln. Bei einer Auflassung sind Gegenstand der Veräußerung: das Grundstück und das Gebäude. (Stempelrecht!) S. ebenda 206 (KG.): Soll die Bebauung erst nach dem Übergange des Grundstückseigentums stattfinden, so liegt ein neuer Werkvertrag vor, soweit es sich um das Bauwerk handelt (Stempelrecht!).

3. ThürBl. 52 235 ff. (Jena) über das Verhältnis des § 381 HGB. zum § 651 BGB. s. zu § 381 HGB.

Achter Titel. Mäklervertrag.

Vorbemerkung: Auf dem Gebiete des Mäklervertragsrechts war nicht allzuviel Bemerkenswertes zu verzeichnen. Wie das Material zu § 652 zeigt, hat sich die Rechtsprechung im wesentlichen nur mit schon bekannten Fragen zu befassen gehabt. Besonderes Interesse erweckt die (Ziff. 2 f) mitgeteilte Entscheidung über einen Grenzfall von Mäkler- und Gesellschaftsvertrag. Beachtsam erscheint auch der leise Gegensatz zwischen dem OLG. Karlsruhe und dem OLG. Dresden (Ziff. 5 b und c), da dieses die absichtliche Ausschaltung des Mäklers in einem gewissen Umfange zuläßt, ohne die Zahlungspflicht des Auftraggebers als begründet anzusehen. Hinzuweisen ist schließlich noch auch die RG.-Entscheidung zu § 654 Ziff. 2, zum Kapitel von der Vertragstreue des Mäklers gehörig. Aus der Literatur waren nur Doerrs interessante Bemerkungen und einiges aus der beachtenswerten Dissertation Woltersdorffs aufzunehmen.

Literatur: Doerr, Der Mäklervertrag im BGB., SeuffBl. 05 620—644. — Woltersdorff, Die rechtliche Natur des Mäklervertrags. Berlin 1905.

§ 652. 1. Dogmatisches. S. a. JDR. 2 Ziff. 1, 3 Ziff. 1 zu § 652.

a) *Doerr: α. Der Mäklervertrag ist ein zweiseitiger Vertrag eigener Art. Die dem Mäkler durch besondere Nebenabrede etwa auferlegte Verpflichtung zu einer gewissen Tätigkeit berührt den Mäklervertrag selbst ebensowenig, als eine solche Verpflichtung für den Mäklervertrag wesentlich ist; bei Verpflichtung

des Mäklers zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges liegt kein Mäklervertrag, sondern Werkvertrag vor. — β. Der Mäkler als solcher ist außer seinem Auftraggeber Dritten gegenüber vertragsmäßig weder berechtigt, noch verpflichtet; anders HGB. §§ 98, 99. — γ. Der Mäkler haftet seinem Auftraggeber im Zweifel für Vorsatz und Fahrlässigkeit — unter Umständen solidarisch mit dem Gegenkontrahenten; er haftet im Zweifel nicht für die Solvenz des Gegenkontrahenten. — δ. Bevollmächtigung des Mäklers, den zu vermittelnden Vertrag im Namen des Auftraggebers mit dem Dritten zu schließen oder eine Vertragsleistung in Empfang zu nehmen, liegt außerhalb des Mäklervertrags. — ε. Der Auftraggeber kann den Abschluß des vom Mäkler ausreichend vorbereiteten Vertrags willkürlich verweigern. — ζ. Der Auftraggeber ist regelmäßig nur dann zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichtet, wenn er beim Vertragsabschlusse von der kausalen, für ihn geleisteten Mäklertätigkeit Kenntnis gehabt hat. — η. Dafür, ob Kausalzusammenhang zwischen Vermittlung und Abschluß eines Vertrags besteht, lassen sich allgemein zutreffende Regeln nicht aufstellen. Die Tätigkeit des Mäklers braucht nicht die alleinige oder hauptsächliche Ursache des Vertragsabschlusses zu sein, wenn sie nur zum Vertragsabschluß mitgewirkt hat. Bloße Anbahnung des Geschäfts genügt aber nicht. — ϑ. Anspruch auf Mäklerlohn besteht nicht bei Nichtigkeit des vermittelten Vertrags, wohl aber bei Anfechtbarkeit, solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, und bei Resolutivbedingung, solange dieselbe in der Schwebe ist, vorausgesetzt, daß sich aus dem Mäklervertrag selbst eine andere Absicht der Parteien nicht ergibt. Ähnliches gilt beim gesetzlichen oder vertragsmäßigen Rücktritt einer Partei vom vermittelten Vertrag. — ι. Der Mäklervertrag erlischt u. a. im Zweifel durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Mäklers oder des Auftraggebers.

b) *Woltersdorff: α. Der Mäklervertrag gehört zur Kategorie der Arbeitsverträge. Gegenstand des Vertrags ist eine Tätigkeit, nicht wie beim Werkvertrage der Erfolg einer solchen, weil er vom Willen des Mäklers unabhängig ist. — β. Der Mäklervertrag gehört zu den zweiseitigen, jedoch nicht zu den gegenseitigen Verträgen. Von den Essentialien des gegenseitigen Vertrags weist der Mäklervertrag nur dasjenige der Äquivalenz der Leistungen auf, — Vergütung steht gegen Mäklertätigkeit —, während dasjenige der wechselseitigen Verpflichtung fehlt; der Vertrag begründet nur auf seiten des Auftraggebers eine Leistungspflicht, während er den Mäkler nur zu einer Leistung berechtigt. (Ebenso namentlich: Endemann, Lehrbuch, Staub, Planck, Lehmann-Ring, Windscheid-Kipp, Reuling a. a. O., Burchard, Verhandlungen des 24. DJT. **97** 287 ff., Riesenfeld, GruchotsBeitr. **37** 846, 847, auch 839 gelegentlich der Besprechung des Entwurfs zum BGB.; auch die Entstehungsgeschichte des § 652 BGB. AM.: Dernburg, Oertmann, Düringer-Hachenburg, Crome, insbes. dessen Partiarische Rechtsgeschäfte § 60, Lotmar, Der Arbeitsvertrag I 283, Motive zu dem Entwurf eines BGB. II, Riesenfeld, GruchotsBeitr. **37** 272 ff.) Diese Gestaltung entspricht auch am vollkommensten dem großen Maße von Freiheit, das bei einem auf Nachweis oder Vermittelung gerichteten Vertrage beiden Kontrahenten der Natur der Sache nach gewahrt bleiben muß. Schließen die Parteien jedoch den Vertrag in der Weise ab, daß sich der Mäkler zur Aufwendung einer Tätigkeit verpflichtet, so liegt ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. vor, der aber deshalb noch nicht aufhört, ein Mäklervertrag zu sein (a. a. O. Näheres über diesen Vertrag und sein Verhältnis zu §§ 253, 893 ZPO.). Die zweiseitige Natur des Mäklervertrags ergibt sich mit Notwendigkeit aus der Vertrauensstellung, die der Mäkler dem Kommittenten gegenüber einnimmt. Die hieraus entspringende Treuverpflichtung des Mäklers

— ein Akzessorium, das die Frage nach der Leistungspflicht im engeren Sinne nicht berührt, — trägt einen objektiven, streng unparteiischen Charakter und hat mit einer einseitigen Vertretung des Interesses nur einer Partei nichts zu tun. Es ist deshalb dem Mäkler nicht verwehrt, von beiden Parteien Aufträge anzunehmen und sich Lohn versprechen zu lassen. Die objektive Stellung des Mäklers verschiebt sich, wenn er dem Auftraggeber verspricht, dessen Interesse ausschließlich wahrzunehmen. Hiervon handelt § 654, es liegt dann schlechthin ein gegenseitiger Vertrag vor.

2. Allgemeines. (Aus der Rechtsprechung.)

a) OLG. Dresden, SächsA. **15** 96, R. **05** 224 Nr. 984: Ein endgültiger Mäklervertrag ist nicht zustande gekommen, wenn die Höhe der Mäklergebühr erst einer besonderen ausdrücklichen Vereinbarung vorbehalten bleiben sollte. Dieser Vorbehalt schloß ein Zurückgreifen auf eine allgemeine Angemessenheit mangels erfolgloser besonderer Vereinbarung aus. — **b)** OLG. **9** 8, R. **04** 480 Nr. 1971 (Dresden) — IDR. **3** § 652 Ziff. 1 d — s. jetzt auch SächsA. **15** 93 ff. — **c)** OLG. **10** 176 (Kiel): Die Gebühren des vom Käufer mit der Vermittelung beauftragten Mäklers sind zu den Vertragskosten nach § 467 zu rechnen. S. o. zu § 467 Ziff. 3. — **d)** R. **05** 312 Nr. 1441 (Breslau): Das Versprechen einer Entschädigung des erfolglos tätig gewesenen Mäklers fällt unter den Begriff der Schenkung (§ 534). — **e)** Über das Verhältnis des § 11 HambVO. v. 30. 4. 02, daß der Dienstberechtigte die dem Vermittler gezahlte Vergütung zurückfordern könne, falls der Dienstbote den Dienst nicht antrete, zu den §§ 652, 656 f. AG. u. LG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 77 ff. Es wird die Gültigkeit bejaht. — **f)** Mäkler- oder Gesellschaftsvertrag? **RG.** JW. **05** 73 ff., GruchotsBeitr. **49** 619 ff., erklärt mit eingehenden Ausführungen — gegen das KG. — einen Vertrag für einen Mäklervertrag (das KG. bezeichnete ihn als Gesellschaftsvertrag): daß der Lohn von vornherein nur für den Fall der Erreichung eines bestimmten Mindestpreises zugesagt ist und in einer Quote des Überpreises besteht, ist mit dem Begriffe des Mäklervertrags wohl vereinbar. Ebenso, daß die „Vermittelung des Vertrags" zugleich gewisse vorbereitende, auf die Parzellierung des Grundstücks sich beziehende Handlungen umfaßt. Auch daß der Mäkler einen Teil der durch die Vorbereitungen erwachsenden Unkosten auf eigenes Risiko zu übernehmen hatte, der andere Teil aber unbedingt von dem anderen Teile zu tragen war, steht nach § 652 Abs. 2 der Annahme eines Mäklervertrags nicht entgegen. Auch ein mit dem Mäklervertrag verbundener Abschluß eines bedingten Dienstvertrags nach § 611 ist denkbar. (S. auch u. Ziff. 8.)

3. Erfordernis des Aufrechtbleibens des vermittelten Geschäfts. S. IDR. **1** Ziff. 2 d, **2** Ziff. 3, **3** Ziff. 2 zu § 652. — SächsOLG. **26** 287 ff. schließt sich — nach eingehender Darlegung der verschiedenen Ansichten — der Ansicht an, daß der Eintritt der auflösenden Bedingung den mit Abschluß des auflösend bedingten Vertrags vom Mäkler erworbenen Anspruch auf den Mäklerlohn nicht zu beseitigen vermöge. Der mit dem Abschlusse des Mäklervertrags vom Auftraggeber beabsichtigte Erfolg ist mit dem Abschlusse des vermittelten Vertrags eingetreten. — Entgegengesetzt OLG. Stuttgart, IDR. **3** a. a. O.

4. Mitteilungspflicht des Mäklers von der Insolvenz des Kontrahenten. S. IDR. **1** § 652 Ziff. 1 b Abs. 3, 2 e, **2** Ziff. 4, **3** Ziff. 3. — **a)** **RG.** R. **05** 78 Nr. 278: Nach dem Mäklervertrage besteht die Verpflichtung des Mäklers, den Auftraggeber von dem ihm bekannten Zahlungsunvermögen des von ihm als Käufer Zugeführten Kenntnis zu geben. (Pflicht zum Ersatze des bereits verauslagten Kaufstempels nach §§ 276, 249.) — **b)** OLG. Dresden, SächsA. **15** 89 ff., R. **05** 223 Nr. 963: Mitteilungspflicht des Mäklers nur bezüglich erheblicher Punkte.

5. Erfordernis des Kausal-Zusammenhanges. Kenntnis. Absichtliche Ausschaltung des Mäklers. S. JDR. **2** § 652 Ziff. 5, **3** Ziff. 5. — **a)** OLG. Dresden, SächsA. **15** 84 ff., R. **05** 224 Nr. 983: Die Annahme der Tätigkeit des Mäklers seitens seines Auftraggebers und damit das Zustandekommen des Geschäftsabschlusses infolge des Nachweises oder der Vermittelung steht nur dann fest, wenn der Auftraggeber von solcher Tätigkeit seines Beauftragten, sei es direkt, sei es durch dritte Personen, vor dem Geschäftsabschlusse Kenntnis erhalten hat. — **b)** BadRpr. **05** 14 (Karlsruhe): Absichtliche Umgehung des Mäklers bei dem letzten, untergeordneten Teile der Verhandlungen kann die Feststellung nicht hindern, daß durch seine Vermittelung der Kauf zustande gekommen ist. — Durch ein unbedeutendes Heruntergehen (um 700 M. bei einem gewünschten Kaufpreise von 34 500 M.) kann der an sich begründete Provisionsanspruch des Mäklers nicht zunichte gemacht werden. — **c)** SächsA. **15** 91 ff. (Dresden): Selbst die absichtliche Ausschaltung des Mäklers bei den späteren, zu einer Einigung der Beteiligten führenden Verhandlungen macht den, der die Mäklergebühr versprochen hat, noch nicht haftbar, wenigstens solange nicht, als nicht gleichwohl nach derjenigen Sachlage und der Bedeutung der Mäklerleistungen im konkreten Falle zwischen dem letzteren und dem Vertragsabschluß ein ursächlicher Zusammenhang und mit Rücksicht auf Treu und Glauben die Verpflichtung zur Zahlung als im Sinne des Vertrags liegend anzusehen ist.

6. Geschäft mit abweichendem Inhalte. S. JDR. **2** § 652 Ziff. 6, **3** Ziff. 5. — OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 291, verneint, daß das gewollte wirtschaftliche Ergebnis (s. **RG.** und OLG. Posen, JDR. **2** a. a. O.) erzielt sei, in einem Falle, wo der von dem Mäkler namhaft Gemachte nicht als Kaufreflektant für die Fabrik in Betracht kam, wohl aber sich an einem ganz anderen geschäftlichen Unternehmen nach längerem Verhandeln, zu dem der Mäkler nicht zugezogen wurde, und von dem er nichts wußte, beteiligte. Die Hauptabsicht (Dernburg II[2] § 339 Anm. II[1]) des Geschäftsherrn ist nicht verwirklicht.

7. Begriff der „Vermittelung". S. JDR. **3** § 652 Ziff. 7. — SächsOLG. **26** 285 ff.: In dem Auftrage, das Grundstück zu „verkaufen" und dem Provisionsversprechen für „Bemühungen" sind nur Bemühungen gemeint, denen sich der Mäkler in Ausführung des Auftrags, das Grundstück zu verkaufen, unterziehen würde. Die Parteien meinten lediglich eine in der Richtung des Vertragsabschlusses selbst wirkende und für diesen ursächliche Tätigkeit, wie sie im § 652 als „Vermittelung" bezeichnet wird, nicht aber den bloßen Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse des Vertrags durch Nachweis oder Zuweis. Die Vermittelung verlangt eine Beteiligung bei der Herbeiführung des Vertragsabschlusses, die über den Nachweis eines anderen Vertragsteiles hinausgeht; sie erfordert begriffsmäßig eine Mitwirkung des Mäklers, wenn nicht beim Vertragsschlusse selbst, so doch bei den vorangehenden Verhandlungen der Parteien, oder durch eine in der Richtung des Vertragsabschlusses wirkende weitere Tätigkeit, der ursächlich für diesen geworden ist.

8. Bindung bis zu einem Termine. Vgl. JDR. **1** zu § 652 Ziff. 2 b, **2** Ziff. 8 a. — **RG.** JW. **05** 75, GruchotsBeitr **49** 625 ff., DNotV. **05** 229 ff., DJZ. **05** 266 (s. auch o. Ziff. 2 f): Wird dem Mäkler mit der Zeitbeschränkung eines Jahres der „Alleinverkauf" eines Grundstücks übertragen, so muß der Auftraggeber innerhalb dieser Frist von einem anderen Verkaufe als einem solchen, der ihm vom Mäkler vorgeschlagen wird, Abstand nehmen. Um ihm den nötigen Spielraum zur Entfaltung einer erfolgreichen Vermittlertätigkeit zu gewähren, hat er für ein Jahr auf eine anderweitige Veräußerung seines Baulandes verzichtet. In dieser Zusage liegt die Gegenleistung des Auftraggebers dafür, daß der Mäkler die Gefahr übernimmt, unter Umständen ohne Entgelt

zu arbeiten und einen Teil der Unkosten der Vorbereitungsarbeiten auf seine Schultern zu nehmen. Auf die Übernahme der Verpflichtung, ein Grundstück nicht verkaufen zu wollen, findet § 313 keine Anwendung (§§ 705 ff. BGB.). S. ferner RG. JW. **05** 339 Nr. 9, R. **05** 500 Nr. 1928: Eine vertragsmäßige Beschränkung der freien Widerruflichkeit ist statthaft, und zwar insbesondere dahin, daß der Auftraggeber, sofern er ohne einen gerechten Grund vor einem gewissen Zeitpunkte den Auftrag widerruft, dem Beauftragten völlig für den zugesagten Mäklerlohn haftbar wird. Namentlich ist die Zusage des Alleinverkaufs dahin aufzufassen, daß der Beklagte versprach, von einem anderen Verkaufe als einem solchen, der ihm vom Mäkler vorgeschlagen wurde, Abstand zu nehmen. Ist dem Versprechen keine Zeitgrenze hinzugefügt, so muß sie unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles nach Treu und Glauben ermittelt werden. (Die Zeit vom 14. 10. 02 bis zum März 03 wurde nicht als ein zu weiter Zeitraum angesehen.)

9. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung.

a) SächsA. **15** 87 ff. (Dresden): Abweisung der Klage eines Mäklers, weil nicht ersichtlich, daß der einem anderen Agenten erteilte Mäklerauftrag diesem als Stellvertreter des Klägers erteilt worden sei.

b) Vermittelung eines Darlehns. KGBl. **05** 19 (KG.): Der für Vermittelung eines Darlehns versprochene Mäklerlohn ist in der Regel erst dann verdient, wenn der Realvertrag zustande gekommen, also die Darlehnshingabe erfolgt ist, nicht schon dann, wenn nur ein klagbares Darlehnsversprechen (pactum de mutuo dando) erzielt ist. Daß der Mäklervertrag nur die Vermittelung eines Versprechens zum Inhalte hatte, muß als Ausnahme von der in der Lebenserfahrung begründeten Regel besonders dargetan werden. Bis zum Empfange des Darlehns hat der Auftraggeber freie Hand, ob er das Geschäft abschließen will oder nicht. — S. übereinstimmend zu § 652 JDR. **1** Ziff. 2d, **2** 3a, s. auch OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 330, — wo noch dazu der Auftrag auf Beschaffung einer Hypothek ging.

c) SächsA. **15** 97 (Dresden): Keinesfalls ist es ausnahmslose Regel, daß der Mäkler in allen Fällen, besonders in solchen, in denen er zunächst unaufgefordert seine Dienste anbietet, einen Anspruch auf Gewährung von 1 % der Kaufsumme habe. (½ % als angemessene Vergütung zugebilligt.) S. auch ebenda Anm. 1.

§ 653. 1. *Doerr 640/1: **a)** Abs. 1 trifft insbesondere dann zu, wenn der Mäkler die Mäklergeschäfte gewerbsmäßig betreibt und der Auftraggeber dies weiß oder wissen muß. — **b)** Landesgesetzliche Vorschriften über Höhe des Mäklerlohns haben fortdauernde Geltung. Wenn auch die Üblichkeit des Lohnes nicht nachweisbar ist, ist derselbe nach richterlichem Ermessen festzusetzen.

2. Die Voraussetzungen des stillschweigenden Abschlusses und der stillschweigenden Übertragung werden verneint von RG. JW. **05** 138 Nr. 17, BadRpr. **05** 249/50, R. **05** 193 Nr. 833.

3. BraunschwZ. **05** 31 (Braunschweig): Stillschweigende Vereinbarung einer Provision, wenn der Mäkler gewerbsmäßig Agenturgeschäfte betreibt.

4. Ausschluß des § 653, wenn die Vereinbarung einer Mäklergebühr vorbehalten bleibt, — s. o. zu § 652 Ziff. 2a.

§ 654. 1. *Doerr 631 ff.: Die Übernahme kollidierender Aufträge ist dem Mäkler nur versagt, wenn sie wider die Vertragspflichten, also entweder gegen die ausdrücklichen Abmachungen mit dem ersten Auftraggeber oder gegen die aus den Umständen erkennbare Absicht desselben oder wider Treu und Glauben verstößt. Eventuell ist der Auftraggeber zur Rückforderung des bezahlten Lohnes

und der bezahlten Aufwendungen berechtigt. Bei zulässigen Doppeldienstleistungen hat der Mäkler vollen Lohnanspruch nach beiden Seiten; anders HGB. § 99.

2. RG. (Strafſ.) JW. 05 752/3 Nr. 46: Hat der Verkäufer dem Mäkler bereits eine ungewöhnlich hohe Provision versprochen und ihn damit in einer Weise für sein (des Verkäufers) Interesse verpflichtet, daß er dasjenige der anderen Seite zu vertreten nicht mehr imstande ist, und veranlaßt der Mäkler gleichwohl unter Verschweigung dieses Umstandes und unter betrügerischen Vorspiegelungen einen Kaufliebhaber, mit ihm einen Mäklervertrag zu schließen, so ist zu prüfen, ob nicht schon hierin eine Tätigkeit gelegen ist, durch die er — außer in dem eigenen — in dem Interesse des Verkäufers tätig geworden ist. Trifft dies zu, so hat er gemäß § 654 keinen Anspruch auf Mäklerlohn an den Käufer; wenn demnächst der Kauf zustande kommt. Der Kaufliebhaber hat also durch den Abschluß des Mäklervertrags sein Vermögen mit einer Verbindlichkeit belastet, für welche er nach gesetzlicher Vorschrift nicht aufzukommen hatte. Mit Eingehung des Mäklervertrags ist diese in der Belastung mit einer Schuld gelegene Beschädigung eingetreten. Durch einen vorteilhaften Abschluß kann sie nicht rückwirkend ungeschehen gemacht werden.

3. R. 05 500 Nr. 1929 (Colmar): Der Mäkler muß seinen Auftraggeber gewissenhaft von den für ihn maßgebenden Verhältnissen unterrichten, ihm wahrheitsgemäß über die Tatsachen Aufschluß geben, die für ihn beim Vertragsabschlusse mit dem Dritten bestimmend sein könnten. Der Mäkler verliert daher den Anspruch auf den Lohn, wenn er, wissend, daß öffentliche Behörden stets einen höheren Kaufpreis als Privatpersonen zahlen, im Interesse einer Stadtverwaltung seinem Auftraggeber vorspiegelt, eine Privatperson sei der Kaufliebhaber, und den Verkäufer dadurch zu einem niedrigeren Preise bestimmt.

4. BadRpr. 05 14 (Karlsruhe): Von Liegenschaftsmäklern ist es allgemein bekannt, daß sie für beide Teile — Käufer und Verkäufer — tätig sind. Das Gegenteil muß besonders ausbedungen werden.

§ 655. *Doerr 625 f.: § 655 greift nur Platz, soweit § 138 Abs. 2 nicht einschlägt.

§ 656. *Doerr 624 f., 641: Mäkler und Auftraggeber haben nach § 656 keine klagbaren — aber erfüllbaren — Ansprüche aus dem Mäklervertrage aneinander. Die neben dem Mäklervertrage nach § 652 Abs. 2 etwa getroffene Vereinbarung wegen Ersatzes von Aufwendungen wird durch § 656 ebensowenig berührt wie das etwaige Vertragsverhältnis des Heiratsmäklers oder des Auftraggebers zu Dritten.

Neunter Titel. Auslobung.

Vorbemerkung: Fast ausschließlich die Literatur hat sich im Berichtsjahre mit der Auslobung beschäftigt. Die eingehende Monographie v. Mayrs behandelt mehr von allgemein gesetzeskritischen Gesichtspunkten das Rechtsinstitut als solches. Es ist zu bedauern, daß die Schrift offenbar schon abgeschlossen war, bevor das durch den Fall Dasbach-Hoensbroech gezeitigte reichhaltige Material zutage lag. Dieser Rechtsfall hat seinen Abschluß durch das Urteil des OLG. Köln gefunden, dessen Gründe Hamm (u. zu § 657 Ziff. 2 mitteilt. Über Preisrichterirrtum handelt Brückmann (zu § 661).

Literatur: Brückmann, Preisrichterirrtum, DJZ. 05 856 ff. — v. Mayr, Die Auslobung. Eine zivilistische Untersuchung. Wien 1905.

§ 657. 1. v. Mayr: a) Die Öffentlichkeit der Auslobung ist das erste und wichtigste Kriterium für die ernste Absicht des Auslobenden (21). Die Auslobung ist gleich jeder Willenserklärung unverbindlich, wenn erkennbar hervortritt, daß ihr ein wirklicher Verpflichtungswille nicht zugrunde liegt, oder wenn sie zu unerlaubten Zwecken gemacht wird. Allgemein gültige Merkmale dafür, ob die

Ernstlichkeit des Willens fehlt, lassen sich nicht aufstellen. Insbesondere sind auch die sog. negativen Auslobungen nicht unbedingt unverbindlich, sofern nur für den Auslobenden, der zunächst den Nichteintritt des Erfolges wünscht, doch auch die Vollbringung der Auslobung ein Interesse hat und es ihm nicht bloß darum zu tun war, die Gewißheit seiner Überzeugung zu dokumentieren (31). Über die Anfechtung der Auslobung 33 ff. Sie gewinnt nur dort praktische Bedeutung, wo der Widerspruch ausgeschlossen ist (35). — b) Über Tod und Verlust der Geschäftsfähigkeit u. zu § 658 a. E. und 67—73 a. a. O. — c) Die Belohnung (74—77): Alles, was Gegenstand eines Versprechens sein kann, ist zur Gegenleistung geeignet. Falls Haftung wegen Mängel im Rechte oder der Sache in Frage kommt, so sind bald die für Schenkungen, bald die für entgeltliche Geschäfte maßgebenden Grundsätze anwendbar (75). Keinenfalls aber sind die Grundsätze der Wandelung und Minderung anzuwenden (76). Unter Umständen Haftung des Auslobenden bei schuldhafter Verhinderung des Erfolges a. a. O. 76/7. — d) Der Erfolg (78—85): Zu unterscheiden Auslobungen im engeren Sinne und Preisausschreibungen, absolute und relative Auslobung. Diese verlangt ein Werturteil vom Auslobenden als Preisrichter in erster und letzter Instanz. (Näheres 87—89.) — e) Zusammenfassende Übersicht 95—99. — f) Im folgenden (100 ff.) wird die juristische Konstruktion untersucht: die Versprechens-, die Vertragstheorie und der Auslobungsvertrag. Ergebnis: die Auslobung ist zwar nicht grundsätzlich ein in besonderer Vertragsform abgeschlossener Werkvertrag. Wohl aber kann sie als besondere Kategorie des Versprechens als Verpflichtungsgrund und des Vertrags verschwinden und lediglich als besondere Form des Vertragsschlusses ihre Regelung finden, die Frage aber, welcher Vertrag dadurch begründet wird, der Entscheidung des einzelnen Falles vorbehalten bleiben (126).

2. Auslobung und Wette. S. IDR. 3 § 657 Ziff. 1 u. zu § 762 Ziff. 3. — Hamm, DIZ. **05** 392 ff., teilt die Gründe des Urteils des OLG. Köln mit, durch das die Berufung gegen das Urteil des LG. Trier (IDR. 3 a. a. O. unter b), unter Ablehnung der Gründe des ersten Richters, aus tatsächlichen Erwägungen zurückgewiesen worden ist. — Rechtlich lehnt es ebenso die Auffassung Kohlers (IDR. 3 a. a. O. unter d) ab. Sie ist zu weit für den Werkvertrag und zu eng für die Auslobung. Die öffentliche Ankündigung des Beklagten fällt in den Kreis der Auslobungen des BGB. Wette ist aber auch deshalb nicht anzunehmen, weil beide Parteien übereinstimmend erklärten, daß sie nicht wetten wollten, vielmehr den ernstlichen Willen gehabt hätten, die Streitfrage zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. — Hamm hält diese Erwägung für bedenklich und für unerheblich, ob die Parteien erklären, daß sie nicht wetten wollten. Er selbst ist der Meinung, daß die Lösung der Streitfrage vor allem im Interesse des Auslobenden hätte sein müssen, und daß es daran im vorliegenden Falle fehlt; denn der Auslober war überzeugt, daß der fragliche Grundsatz in den Jesuitenschriften nicht ausgesprochen war, und wollte durch das Aussetzen einer Belohnnng nur die Gewißheit seiner Überzeugung dokumentieren; damit erhält seine Auslobung die Eigenschaft einer — einseitigen — Wette, die erst recht klaglos ist.

§ 658. v. Mayr, über die möglichen Gestaltungen des Widerrufs 33 ff.: Zunächst (33—41): Unwiderruflichkeit. Ferner: Widerruf gegen Schadensersatz (42—52), Ablehnung des culpa-Gesichtspunkts, des Garantievertrags, der auftraglosen Geschäftsführung (45—47). Alle Versuche zur Begründung einer Ersatzpflicht sind wenig praktisch; in vielen Fällen wird ein Schaden fehlen (52). Freier Widerruf (53—58). Es genügt eine gleich wirksame Art der Veröffentlichung (56). Nicht notwendig ein individueller Widerruf neben dem öffentlichen

demgegenüber, der s. Z. auch die Auslobung besonders mitgeteilt erhalten hatte (56/7). Ist der Widerruf nur durch besondere Mitteilung an die oder einzelne Bewerber erfolgt, so muß er den individuell Verständigten gegenüber ebenso wirksam sein wie der öffentliche W., doch nicht etwa auch Dritten gegenüber, die indirekte Kenntnis erlangten (57). Der Auslobende darf nicht vor der bestimmten oder in Ermangelung solcher Bestimmung vor einer angemessenen Frist widerrufen (65). — Dem Widerrufe werden in der Wirkung regelmäßig gleichgestellt Tod oder Verlust der Geschäftsfähigkeit auf Seite des Auslobenden. Auf Seite des Bewerbers sind sie für die A. grundsätzlich unerheblich (67).

§ 660. OLG. **10** 181/2, R. **05** 251 Nr. 1126 (Hamburg) s. schon JDR. 3 § 660.

§ 661. *Brückmann, Preisrichterirrtum, DJZ. **05** 856 ff.: Die nach § 661 Abs. 2 zu treffende Entscheidung des Preisrichters untersteht den allgemeinen Regeln über Willenserklärungen. Ein zuerkannter Preis darf nicht ohne weiteres aberkannt werden. Nach § 119 Abs. 2 ist es als eine verkehrswesentliche Eigenschaft anzusehen, daß eine als Preisarbeit angebotene Arbeit Selbständigkeit zeigt. Auch kommt Irrtum über die Person in Betracht; Fakultäten wollen keine Plagiatoren krönen. § 123 wird selten gegeben sein. Anfechten müssen soviele Preisrichter, wie notwendig waren, um den Preis zuzuerkennen; jeder der Anfechtenden muß auch in Irrtum, in Täuschung verstrickt gewesen sein, jeder muß die Frist wahren. Was die Rechtsfolgen anlangt, so hat — bei Irrtum — eventuell noch der Anfechtungsgegner (Preisbewerber) Schadensersatzansprüche — nach § 122!

Zehnter Titel. Auftrag.

Vorbemerkung: Das Auftragsrecht hat sich nach wie vor eifriger Beachtung und Förderung durch Literatur und Rechtsprechung zu erfreuen. Mit begrifflichen und dogmatischen Fragen befaßten sich im Berichtsjahr insbesondere Dniestrzánski und Bekker, auch Fischer kommt auf den § 675 zu sprechen; Baring untersucht im Zusammenhange seiner Arbeit über den Begriff der Aufwendungen auch besonders (zu § 670) den Anspruch des Beauftragten und neg. gestor; Böckel wendet sich der wichtigen Spezialfrage der Ersatzpflicht für zufälligen Schaden zu; er gelangt zur grundsätzlichen Verneinung. Theoretisch interessant und praktisch bedeutsam sind die zu §§ 662 Ziff. 2 b u. c mitgeteilten Erkenntnisse über das Verhältnis des Auftrags zur Anweisung bzw. Sicherheitsabtretung, von hervorragender praktischer Tragweite auch fast alle Sonderfälle (§ 662 Ziff. 3) und die Erkenntnisse zu § 666. Der § 676 ist diesmal weniger beachtet worden. Doch waren auch dort einige wichtige Erkenntnisse anzuführen.

Literatur: Baring, Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag, SächsA. **14** 531 ff., 661 ff., **15** 43 ff, 133 ff. — Bekker, Sprachliches und Sachliches zum BGB., JheringsJ. **49** 1 ff. — Böckel, Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten, ACivPrax. **96** 376—439. — Dniestrzánski, Die Aufträge zugunsten Dritter. 1. Bd.: Grundlegung. Leipzig 1905.

§ 662. 1. Dogmatisches.

a) Verhältnis der §§ 662 und 675 zueinander. Vgl. auch JDR. **1** § 662 Ziff. 1, 2, **2** § 675 Ziff. 1, § 677 Ziff. 1 a unter I, **3** § 675 Ziff. 1. *Dniestrzánski: Die Unentgeltlichkeit ist kein wesentliches Merkmal des modernen Auftrags. Auch für das Recht des BGB. beweisen die Prot. der II. Lesung (376/377) und die Zusammenstellung der §§ 662 und 675, daß das Merkmal der Unentgeltlichkeit des Auftrags nicht ernst zu nehmen ist. Die kritischen Bemerkungen Lenels (JheringsJ. **44** 31/32) sind daher gerechtfertigt. Der ganze Nachdruck ruht in dieser Lehre auf der Bestimmung des § 675. Bei der Auslegung derselben stehen zwei verschiedene Wege zur Auswahl: entweder sucht man

die „Geschäftsbesorgung“ im Sinne dieses Paragraphen zu erklären (so die herrschende Doktrin), oder betrachtet die obige Bestimmung als Produkt eines Mißverständnisses, und sucht daraus weitere Schlüsse zu ziehen. Der Erklärungsversuch Lenels (a. a. O. 37 ff.) scheitert an der unrichtigen Voraussetzung, daß der Werkvertrag nicht die Arbeit, sondern den Erfolg derselben zum Gegenstande habe, — zumal da jede Arbeit, also auch die, welche einem reinen Dienstvertrage zugrunde liegt, auf einen Erfolg abzielt. Auch die Erklärung Lotmars (Arbeitsvertrag I 274 ff.), die sich auf den Unterschied zwischen Urproduktion und Gewerbe einerseits und anderen Geschäftszweigen andererseits stützt, genügt nicht, da sie noch in der altrömischen Auffassung der operae liberales, locari solitae et non solitae wurzelt. Richtig ist vielmehr das negative Urteil Hachenburgs, welcher (Dienstvertrag und Werkvertrag 14 ff.) behauptet, daß die Versuche, für das BGB. in seiner heutigen Gestalt einen brauchbaren Gegensatz zwischen Dienstleistung und Geschäftsbesorgung zu finden, vergeblich seien. Daher sind „Dienst- und Werkverträge“, welche nach § 675 fast durchgehends nach den Grundsätzen des Auftrags behandelt werden sollen, in Wirklichkeit keine Arbeitsverträge, sondern Aufträge. Die Geschäftsbesorgung bildet daher ein wesentliches Merkmal des Auftrags; und da es in Wirklichkeit keine Arbeitsverträge mit der Geschäftsbesorgung gibt, so ist die letztere nunmehr als ein Merkmal des Auftrags leichter zu fassen, und es bleibt auch für das BGB. der Satz, daß das Wesen des Auftrags darin liegt, daß der Beauftragte es übernimmt, mit Dritten in Rechtsbeziehungen zu treten (333 ff.).

b) Terminologie und Begriff des „Auftrags“. Bekker a. a. O. 9 bis 16 über die unzulängliche Verwendung des Begriffs und Wortes „Auftrag“ im BGB. §§ 662—670, 671—674. Dort ist „Auftrag“ ersichtlich die Offerte eines Mandatskontrakts, in den §§ 671—674 dagegen wird unter dem Worte nicht der Vorgang, sondern das aus dem fertigen Auftragsvertrage resultierende Rechtsverhältnis verstanden. — Er faßt sich dahin (16) zusammen: die einseitige Erklärung, welche wir „Auftrag“ heißen, steht entweder ohne Grundlage, oder auf Grundlage eines vorher begründeten Rechtsverhältnisses. Wenn ohne, so erhält der Auftrag rechtliche Bedeutung nur, falls er angenommen und dadurch zum „Auftragsvertrage“ erhoben wird, wenn mit, so ergibt sich die überaus mannigfache Wirksamkeit aus dem Ineinandergreifen des Auftrags, seines Inhalts und seiner Grundlage.

2. Grenz- und Anwendungsfälle.

a) *Hoffmann, BankA. **4** 132: Auch der Scheck- oder Krediteröffnungsvertrag zwischen Scheckkunden und Bank ist Auftrag. Unentgeltlichkeit ist gewohnheitsrechtlich nicht wesentliches Erfordernis dieses Auftrags.

b) Auftrag und Sicherheitszession. **RG. 59** 190 ff., JW. **05** 43 Ziff. 5, R. **05** 106 Nr. 398 (vgl. o. zu § 398 Ziff. 3aε): Die Zession zur Sicherheit enthält begrifflich einen Auftrag und begründet ein Treuverhältnis zwischen dem Zedenten und Zessionar. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben in Verbindung mit den §§ 662 ff. ist ein solcher Zessionar einer Forderung verpflichtet, das Interesse des Zedenten wahrzunehmen, also z. B. die Forderung ordnungsmäßig beizutreiben oder so gut wie möglich zu verwerten und den Erlös, insoweit er die gesicherte Forderung überschreitet, an den Zedenten herauszugeben (§ 667). — Ist eine Hypothekenforderung Gegenstand der Sicherungszession, und kommt das verhaftete Grundstück zur Zwangsversteigerung, so hat der Zessionar die Rechte des Zedenten bei der Zwangsversteigerung wahrzunehmen, zumal da der Zedent von dem Versteigerungsverfahren keine Nachricht erhält, sobald die Zession im Grundbuche auf den Namen des Zessionars umgeschrieben ist. Er muß dafür sorgen, daß das Grundstück zu einem angemessenen Preise zugeschlagen wird,

und darf die durch die Zession erlangte formale Rechtsstellung nicht dazu benutzen, das Grundstück weit unter seinem Werte an sich zu bringen und dadurch seinen Machtgeber zu schädigen. Tut er es dennoch, so handelt er wider Treu und Glauben; der von ihm herbeigeführte Ausfall der Hypothek ist nur ein scheinbarer, da er in dem höheren Werte des Grundstücks Deckung für die Hypothek erhält. Diese Deckung erlangt er aus der Geschäftsbesorgung; daher muß er den seine gesicherte Forderung übersteigenden Wertbetrag an den Zedenten herausgeben.

c) Anweisung und Auftrag. OLG. **10** 183/4, R. **05** 221 Nr. 1128 (Bamberg): Leistet jemand im Auftrage eines anderen an dessen Gläubiger Zahlungen und ebenso in dessen Interesse und sind bei der Auftragserteilung die Gläubiger nicht zugezogen worden, so liegt keine Anweisung, sondern ein Auftrag nach §§ 662 ff. vor.

d) **RG.** **59** 247 ff.: Schiedsvertrag kein Auftrag. Näheres o. zu § 611 Ziff. 4 f.

e) Vertrag zwischen Aufsichtsrat und GmbH. s. a. o. zu § 611 Ziff. 4 b.

3. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. S. JDR. **2** § 662 Ziff. 6, **3** § 662 Ziff. 1—5.

a) **RG.** SeuffA. **60** 275: Durch die Einlassung auf die unter ausdrücklichem oder stillschweigendem Erbieten zur Vergütung gestellte Frage um Auskunft und Rat tritt der Anwalt stillschweigend zu dem Anfragenden in ein Schuldverhältnis, das ihn zur Sorgfalt für die Folgen des Rates haftbar macht (s. u. § 676 Ziff. 4). Vgl. JDR. **2** § 662 Ziff. 6 c.

b) **RG.** JW. **05** 682/3 Nr. 3: Eine in einem Versteigerungstermin zwischen drei Personen getroffene Vereinbarung des Inhalts, daß der eine von ihnen bis zu einer bestimmten Höhe für gemeinschaftliche Rechnung bieten und dann alle am Gewinn und Verlust aus dem Geschäft zu gleichen Teilen beteiligt sein sollen, ist als Auftrag — nicht als Gesellschaftsvertrag — aufzufassen. Kündigung nach § 671 statthaft; nicht § 723 kommt in Frage.

c) OLG. **10** 182/3, R. **05** 251 Nr. 1127 (Hamburg): Ein Kauf von Wechseln gegen Vorschuß auf den Kaufpreis und mit der Bestimmung, daß, wenn die Wechsel nicht eingehen sollten, der Vorschuß von dem Verkäufer zurückzuzahlen sei, enthält noch keinen Auftrag, die Wechsel ordnungsmäßig einzuziehen, wenn es auch in seinem eigenen Interesse lag und der ganze Zweck des Geschäfts es war, daß er die nunmehr ihm gehörigen Wechsel, um zu seinem Vorschuß und zu seinem eventuellen Vorteil zu kommen, für seine eigene Rechnung einklagte und beizutreiben suchte. Er war nur nach den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, nicht arglistig seinen Verkäufer um den Kaufpreis zu bringen oder gegen den § 162 zu verstoßen. Alles Weitere gebot die Sachlage, aber nicht eine Vertragspflicht.

§ 664. *Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB.: **a)** über Abs. 1 Satz 2 s. u. zu § 675 Ziff. 2; **b)** Abs. 1 Satz 3. Die hier genannten „Gehilfen“ sind identisch mit den Erfüllungsdienern des § 278 (18). (S. o. zu § 278 Ziff. 1 a.)

§ 665. *Hoffmann, BankA. **4** 132: Die Bank ist nicht berechtigt, jedenfalls nicht verpflichtet, von der im Scheck ihr erteilten Zahlungsanweisung des Ausstellers abzuweichen.

§ 666. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 834, ElsLothZ. **05** 527 ff., R. **05** 312 Nr. 1442: Der Beauftragte braucht nicht, wenn der Auftrag eine Reihe von Geschäften umfaßt oder auf längeren Zeitraum sich erstreckt und über gewisse Geschäfte oder Zeitperioden in vertragsmäßiger Art bereits Rechnung gelegt ist, bei

endgültiger Erledigung des ganzen Auftragsverhältnisses eine auch die früheren bereits abgerechneten Geschäfte oder Zeitperioden umfassende Schlußrechnung zu legen. (S. auch o. zu § 259 zu a.)

2. OLG. München, SeuffBl. **05** 181 ff., SeuffA. **60** 223 ff., bejaht das Recht des Ehemanns, der den von seiner Frau in Anspruch genommenen Arzt bezahlen soll, die Vorlage einer Rechnung aus dem Dienstvertrage zu verlangen. Die Berufung auf das Berufsgeheimnis ist jedenfalls dann unbegründet, wenn der Ehemann nicht die Krankheit seiner Frau oder ihre Ursachen kennen, sondern nur wissen will, welche Dienstleistungen der Arzt gemacht hat. Solche allgemeine Angaben, wie z. B. über Einspritzung, Massage, Auskultation usw. ohne nähere Angabe der Körperteile, an denen oder in welche sie vorgenommen wurden, enthalten an sich keine Verletzung des Berufsgeheimnisses.

3. BayObLG., SeuffBl. **05** 96 — s. bereits JDR. **3** § 666 Ziff. 5.

§ 667. 1. SächsOLG. **26** 508 ff.: § 667 begründet kein direktes Klagrecht des Auftraggebers gegen den Schuldner des Beauftragten (wie § 392 HGB.).

2. **RG. 59** 190 ff.: Pflicht eines Sicherheitszessionars (Hypothekenforderung), den durch Ersteigerung des Grundstücks über seine Forderung hinaus erlangten Mehrbetrag herauszugeben, — s. o. zu § 662 Ziff. 2 b.

§ 670. 1. Dogmatisches. Von den ersatzfähigen Aufwendungen des Beauftragten und auftraglosen Geschäftsführers. *Baring führt hinsichtlich der ersatzfähigen Aufwendungen des beauftragten wie auftraglosen Geschäftsführers aus: a) In Rücksicht auf das Erfordernis des bekundeten Absehens auf Ersatz für die Ersatzpflicht seien alle jene Akte einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte (§§ 13—15). b) Der Ersatzanspruch des Geschäftsführers ohne Auftrag gründe sich auf Rechtssatz oder auf das selbständige — einseitige, stets dem Geschäftsführer gegenüber vorzunehmende — Rechtsgeschäft der — nicht widerruflichen — Bestätigung; im Falle des Auftrags auf diese oder auf das gleichartige, aber regelmäßig widerrufliche Rechtsgeschäft der Ermächtigung. Beide Rechtsgeschäfte würden von den §§ 182—184 BGB. nicht unmittelbar betroffen, die Ermächtigung auch nicht von den §§ 167 ff. BGB. Die Ermächtigung des § 181 BGB. führe zu ganz andersartigen Wirkungen. Durch Aufwendungen verschaffe der Geschäftsführer regelmäßig dem Geschäftsherrn unmittelbar weder Besitz noch Eigentum. Hingegen vermöge er (gegen Bekker) den Geschäftsherrn durch die in dessen Namen vorgenommenen Geschäfte zu verpflichten (§§ 29 bis 32). c) Unterschied zwischen Ersatz und Gegenleistung. Bedingte Entstehung der Ersatzpflicht (§§ 34, 36). d) Über Wegnahme einer Einrichtung des Geschäftsführers s. bei § 818 BGB. e) Näheres über Ersatz von Aufwendungen in ähnlichen Verhältnissen, insbesondere nach den §§ 1390, 2124 BGB., ferner nach den §§ 1049, 1055 Abs. 2, 1466, 1978 BGB., endlich nach den §§ 450, 547, 601, 633 Abs. 3 BGB., s. a. a. O. 15, 43—48, über Wegnahme von Einrichtungen in diesen Fällen s. a. a. O. 15, 138. f) Über den Begriff „Aufwendung" s. o. zu § 256 Ziff. 1.

2. Haftung für zufälligen Schaden. Vgl. JDR. **1** § 670 Ziff. 2, **2** Ziff. 3.

*Böckel: **a**) Der Auftraggeber braucht dem Beauftragten nicht den Schaden zu ersetzen, der diesem ohne sein eigenes Verschulden und ohne Verschulden des Auftraggebers bei Ausführung des Auftrags entstanden ist. — Gründe: α. § 670 statuiert solche Schadenshaftung weder nach seinem Wortlaute, noch nach ausdehnender oder analoger Interpretation. Aufwendung ist nur das Aufgeben eines bestehenden Vermögenswerts um der Erreichung eines Zweckes willen. Aufwendung ist nicht einmal die Eingehung einer Verbindlichkeit. Nur dann liegt eine Aufwendung vor, wenn jemand ein Gut bewußt und mit der Absicht, den

Schaden zu tragen, einer Gefahr aussetzt; es genügt aber nicht, daß er von der Gefährdung Kenntnis hat. Bedeutsam ist auch der Unterschied zwischen Schaden und Aufwendung in der Natur der Ersatzansprüche (397—406). — β. Aus den Bestimmungen des BGB. über Haftung ohne Verschulden läßt sich die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers auch nicht im Wege analoger Ausdehnung herleiten, da jede einzelne dieser Vorschriften, wie ihre Gesamtheit, nur als ein der Verwertung mittels Analogie unzugängliches Ausnahmerecht sich darstellt (406 bis 413). — γ. Die Schadensersatzpflicht läßt sich nicht vermittels Auslegung des Auftragsvertrags gemäß § 157 aufstellen. Verbindlichkeiten des Auftraggebers bestehen überhaupt nicht vom Abschluß des Vertrags an, sondern sind an Rechtsbedingungen geknüpft (s. §§ 669, 670). Die Schadensersatzpflicht behaupten hieße ein neues selbständiges Schuldverhältnis schaffen, nicht durch Auslegung herausschälen (414—420). Insbesondere läßt sich auch nicht durch Auslegung nach § 157 BGB. dem Auftrag ein Garantieversprechen entnehmen (420—423). — δ. Die Schadensersatzpflicht läßt sich nicht auf § 242 stützen, da § 242 nur bestimmt, in welcher Art und Weise eine Leistung, deren Inhalt bereits anderweit festgestellt ist, zu erfüllen ist, da er also das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraussetzt (423—424). — ε. Anhang: Wo besondere Umstände zu dem Tatbestande des Auftragvertrags derart hinzutreten, daß sie uns die Konstruktion eines Garantieversprechens des Auftraggebers gestatten, haftet der Auftraggeber nicht für den zufälligen Schaden des Beauftragten aus Handlungen, die dieser den Umständen nach nicht für zweckdienlich halten durfte. Seine Ersatzpflicht ist weiter davon abhängig zu machen, daß der Zufall auf ein inneres Moment der zweckdienlichen Ausführungshandlung zurückzuführen ist (vgl. Brückmann, JDR. 2 a. a. O.) (424—431).

b) Das Ergebnis entspricht dem Willen der Gesetzgeber. — § 694 darf nicht analog angewendet werden, da seine Regelung der Beweislast nur eine Singularität darstellt. — Die für die Aufstellung einer Schadensersatzpflicht vorgebrachten angeblichen Billigkeitserwägungen sind nicht stichhaltig (431—439).

3. Beweislast beim Ersatzanspruch. OLG. **10** 184/5 (Bamberg): Der Anspruch auf Erstattung einer für den Auftraggeber geleisteten Zahlung ist durch die Behauptung der Erteilung des Auftrags und der Ausführung desselben erschöpfend substanziert, es bedarf hierbei des Zusatzes nicht, der Auftraggeber habe keinen Vorschuß geleistet, sondern die Zahlung sei aus den eigenen Mitteln des Beauftragten erfolgt. Woher er sich das verwendete Geld verschafft hat, ist zur Begründung seines Ersatzanspruchs gleichgültig; es genügt, daß er sich des an den Dritten gezahlten Geldes entäußert hat. Dies muß zunächst und bis auf weiteres als eine von ihm gemachte Aufwendung angesehen werden. Sache des Auftraggebers ist, anzuführen und darzutun, daß er dem Beauftragten zur Zahlung entsprechenden Vorschuß geleistet habe. Zu dem gleichen Ergebnisse kommt man auch, wenn man annimmt, der Beauftragte müsse behaupten, er habe keinen Vorschuß erhalten, sondern aus eigenen Mitteln gezahlt: auch hier trifft den Auftraggeber die Beweislast, weil er eher in der Lage ist, die positive Tatsache der Hingabe des Geldes zu beweisen, als der andere die negative der Nichthingabe, wofür bloß Eideszuschiebung in Betracht kommt.

4. OLG. **9** 344 (Colmar): Als Aufwendungen sind nicht nur die baren Auslagen des Arztes, sondern auch das für seine Bemühungen üblicherweise zukommende Honorar zu entrichten. Vgl. JDR. **1** § 670 Ziff. 1, **2** Ziff. 2.

§ 671. 1. **RG. 59** 247 ff.: § 671 auf das Rezeptum nicht anwendbar. Näheres o. zu § 662 Ziff. 2 d und § 611 Ziff. 4 f.

2. Über das Zugehen des Widerrufs s. **RG.** JW. **05** 488, R. **05** 500 Nr. 1930 — s. o. zu § 130 Ziff. 3 c.

§ 675. 1. Über das Verhältnis des § 662 zu § 675 und die gegenseitige Bedeutung s. o. zu § 662 Ziff. 1a.

2. *Fischer a. a. O. (o. zu § 664): Daraus, daß im § 675 der § 664 nicht mit aufgeführt ist, darf nicht gefolgert werden, daß innerhalb des Dienst- oder Werkvertrags, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, für den Substituten in weiterem Umfange gehaftet wurde, als innerhalb des Auftrags; denn § 664 Abs. 1 Satz 2 (und ebenso § 691 Satz 2) sind nicht Ausnahmen von dem Grundsatze des § 278, sondern Anwendungsfälle eines im Gesetze nicht ausgesprochenen Prinzips (20).

3. NaumburgAK. **05** 50 ff. (Celle): Der Gerichtsvollzieher tritt durch den ihm erteilten Auftrag zur Zwangsvollstreckung und die Übergabe des Vollstreckungstitels seitens des Gläubigers zu diesem in ein Auftragsverhältnis und ist dem Auftraggeber nach den Grundsätzen des Mandats verantwortlich.

§ 676. 1. **RG.** JW. **05** 502/3 Nr. 35, Holdheims MSchr. **05** 261 ff., DJZ. **05** 861, R. **05** 592 Nr. 2404, läßt die Frage, ob auf Rat, Empfehlung, Auskunftserteilung, wenn sie den selbständigen Inhalt eines verpflichtenden Vertragsverhältnisses bilden, die Kategorie des Werkvertrags oder Dienstvertrags anzuwenden sei, — nach einer Zusammenstellung der Literatur — dahingestellt. Bei den Geschäften des Bankiers tritt meistens eine Unterordnung von Rat oder Empfehlung bezüglich des Ankaufs von Aktien unter ein prinzipales Rechtsverhältnis ein; sie bilden einen integrierenden Teil des als ein zusammenhängendes Ganze zu betrachtenden Geschäfts. Die rechtliche Beurteilung des Hauptgeschäfts ist auch für diesen Teil maßgebend (**RG. 19** 100; **RG.** BolzePr. **9** Nr. 216), insbesondere auch für die Frage der Verjährung (BolzePr. **4** Nr. 646). Auch die Auffassung von einem akzessorischen Werkvertrage ist abzulehnen. Für den § 638 ist kein Raum. (S. a. o. zu § 638 Ziff. 3b.)

2. OLG. Dresden, SächsA. **15** 98/9, R. **05** 224 Nr. 985: Nach § 676 ist entweder der Tatbestand des strafbaren Betrugs erforderlich, oder dem Auskunfterteilenden müßte zur Last fallen, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zugefügt zu haben.

3. Haftung bei Raterteilung Sachkundiger an Sachunkundige. S. JDR. **2** § 676 Ziff. 4. — **RG.** SeuffA. **60** 351/2, erörtert die Frage anläßlich eines Vertrags zwischen dem Besteller und Unternehmer eines Bauwerkes bezüglich der Pflicht des Unternehmers, die Richtigkeit und Durchführbarkeit der Pläne und Anschläge zu prüfen. S. das Genauere o. zu § 611 Ziff. 4e, § 631 Ziff. 5b.

4. Haftung für fahrlässig-falschen Rechtsrat. S. JDR. **2** §§ 675 Ziff. 2, 676 Ziff. 5, **3** §§ 662 Ziff. 4, 675 Ziff. 2. — **RG.** SeuffA. **60** 274/5, JW. **05** 138 Nr. 138 Nr. 16, R. **05** 103 Nr. 834: Der Rechtsanwalt, welcher gegen Vergütung in Rechtssachen dem Anfragenden ein bestimmtes Verhalten oder Vorgehen als sein Recht anrät, hat für die rechtlichen Nachteile, die der von ihm Beratene durch Befolgung seines Rates erleidet, unter der Voraussetzung aufzukommen, daß der Rat sich nicht allein als fehlsam, sondern überdies als fahrlässigerweise erteilt erweist.

Elfter Titel. Geschäftsführung ohne Auftrag.

Vorbemerkung: Die Arbeit von Ernst beschäftigt sich eingehend mit den grundlegenden Interesse- und Willenskriterien. Die von Böckel (s. „Auftrag") untersuchte Frage des Ersatzanspruchs des Beauftragten für zufällige Verluste (o. zu § 670 Ziff. 2) hat selbstverständlich wegen des Allegats in § 683 auch für die Geschäftsführung ohne Auftrag Bedeutung. Auch Barings mehrgenannte Arbeit kommt für die n. g. in Betracht. Aus der Rechtsprechung waren einige interessante, die öffentlich-rechtlichen Beziehungen

erörternde Erkenntnisse zu verzeichnen (§§ 677 Ziff. 6, 679 Ziff. 3 [sehr bedenklich!]). Dorthin gehören auch Hilses Bemerkungen (§ 683 Ziff. 3). Eine ältere wichtige Entscheidung zum Kapitel von der ärztlichen Geschäftsführung ist nachgetragen worden (§ 683 Ziff. 3 b γ).

Literatur: Baring — s. o. zum 10. Titel. — Ernst, Das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn im § 683 BGB., ACivPrax. **96** 440—505.

§ 677. 1. *Baring, SächsA. **14** 532 ff., tritt für das rechtsgeschäftliche Wesen der Geschäftsführung ohne Auftrag ein. Das Bewußtsein von der Fremdheit der Sache sei wesentlich (§ 16). Ersatzfähige Aufwendungen seien jedenfalls Rechtsgeschäfte (§ 18 verb. m. §§ 13—15). — Über Geschäftsführung ohne Auftrag anläßlich anderer besonderer Rechtsbeziehungen s. o. zu § 670 Ziff. 1.

2. Über Geschäftsbesorgung usw. — IDR. **2** § 677 Ziff. I 1 a — s. o. zu § 662 Ziff. 1 a.

3. Über Interesse und Willen s. u. zu § 683 Ziff. 1.

4. OLG. **9** 343 (Colmar): Das Interesse kann nicht bloß ein vermögensrechtliches, sondern auch ein persönliches und von sittlicher Natur sein.

5. SchlHolstAnz. **05** 268/9 enthält einige rechtlich interessante Ausführungen des Kieler Oberlandesgerichtspräsidenten über die Anwendung der Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) auf Überschreitungen des Etatsfonds, die Aufsichtsrichter ohne vorgängige Genehmigung vorgenommen haben. Zu beachten sei, daß der mutmaßliche Wille des Fiskus (Geschäftsherrn) in der Regel dahin gehen werde, den Etatsfonds nicht zu überschreiten. Zwei Ausnahmen finden statt: bei rechtlich gebotenen Ausgaben, und bei dringend notwendigen und zugleich unaufschiebbaren Ausgaben nach dem Grundsatze des § 680.

6. RheinA. **102** I 6 ff. (Köln): Das Handeln eines Ortsarmenverbandes, der einen Hilfsbedürftigen durch Geldzuwendungen oder Naturalleistungen unterstützt, erscheint nicht als Besorgung von Geschäften für einen anderen im Sinne des § 677. Nur das kann Leistungsinhalt einer Geschäftsführung ohne Auftrag bilden, was auch der Inhalt eines Auftrags, Dienst- oder Werkvertrags sein kann. Das ist bei der Beschaffung von Unterhaltsmitteln nicht möglich. Auch fehlt dem Verbande der Wille, fremde Geschäfte zu besorgen. Er erfüllt, wenn er einen Hilfsbedürftigen unterstützt, eine ihm obliegende öffentlich-rechtliche Verpflichtung. Wenn nun auch mit der Erfüllung einer Rechtspflicht der Wille, im Interesse eines anderen zu handeln und auf diese Weise einen privatrechtlichen Anspruch zu gewinnen, im allgemeinen nicht unvereinbar ist, so spricht doch in dem Falle, wo ein Ortsarmenverband einen Hilfsbedürftigen unterstützt, die Vermutung dafür, daß lediglich die öffentlich-rechtliche Verpflichtung erfüllt und das Interesse des Gemeinwesens bei Gewährung der Unterstützung wahrgenommen werden sollte. Der Wille, zugleich im Interesse des Hilfsbedürftigen dessen Geschäfte zu führen, müßte in bestimmter Weise dargelegt und nachgewiesen werden.

7. Senckpiehl, EisenbE. **21** 207/8: Beziehung der §§ 677 ff. BGB. zum § 437 HGB. Dagegen ebenda Rundnagel 398—400, — s. zu § 437 HGB.

8. Der Bureauvorsteher als G. o. A. für seinen Notar — s. o. zu § 278 Ziff. 4 c (OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 296 ff.).

§ 678. ElsLothZ. **05** 142/3 (Colmar): Schadensersatzpflicht eines Gerichtsvollziehers nach § 678, der, nur mit Zustellung des Vollstreckungsbefehls beauftragt, zugleich mit ihr die Möbel des Schuldners gepfändet hat, deren Wert bereits durch das vorhergehende Vermieterpfandrecht erschöpft war.

§ 679. 1. Samter, NaumburgAK. **05** 114/5: Ersatzansprüche der Ärzte und Apotheker an die Krankenkassen. Jede einzelne auf Grund des KrankVG. geleistete Unterstützung liegt kaum im öffentlichen Interesse, zumal in Fällen, wo es den betreffenden Versicherten infolge guter Vermögenslage leicht fällt, auf Kassenunterstützung zu verzichten. — S. a. JDR. 3 § 679 Ziff. 2a und u. zu § 683 Ziff. 3.

2. SächsA. **15** 99 ff. (Dresden): Die G. o. A. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Unterhaltsberechtigte selbst durch Innebehaltung von an sich dem Unterhaltspflichtigen zukommenden Beträgen sich die Mittel zur Bestreitung des Unterhalts verschafft hat.

3. DJZ. **05** 752 (Braunschweig): Der Erziehungs- und Züchtigungspflicht des Vaters steht ein Recht der Allgemeinheit auf Erfüllung gegenüber, da dies im öffentlichen Interesse liegt. Vernachlässigt der Vater seine Pflicht, das Züchtigungsrecht auszuüben, oder ist er, wenn die Pflicht, zu einer Züchtigung zu schreiten, gegeben ist, nicht anwesend, so kann in geeigneten Fällen derjenige, gegen welchen oder gegen dessen Angehörige Ungezogenheiten begangen wurden, in Stellvertretung des Vaters zu der diesem obliegenden Züchtigung schreiten. Solchenfalls ist davon auszugehen, daß der Vater seine Zustimmung nicht versagen würde; ein dennoch entgegenstehender Wille würde nach Analogie des § 679 nicht in Betracht kommen.

4. Über Ansprüche eines Ortsarmenverbandes s. auch o. zu § 677 Ziff. 6.

§ 680. 1. *Baring, SächsA. **14** 535: § 680 gilt auch für die Übernahme der Geschäftsführung: gegen Neumann und Dernburg (BürgR. II § 301).

2. Langheineken, Anspruch und Einrede 139: Die Normen für die deliktische Haftung werden durch die Ermäßigung des § 680 nicht ausgeschlossen. Doch ist bei der Bemessung des Schadens für den Fall, daß die Beschädigung culpa levi noch während der Vornahme der zur Abwendung der dringenden Gefahr erforderlichen Maßregeln erfolgt war, die Gestaltung zu grunde zu legen, die ohne das mit culpa levis verbundene Handeln des Verpflichteten eingetreten wäre, wobei sich sehr leicht ergeben kann, daß ein Schaden überhaupt nicht durch dieses herbeigeführt worden ist.

§ 683. 1. Interesse und Wille. JDR. **2** § 683 Ziff. 2, 3. — *Ernst: Die Worte „Interesse" und „Wille" haben nicht eine besondere juristisch-technische Bedeutung, sondern sind in ihrem allgemeinen Sinne zu verstehen. „Das Interesse ist die Beziehung des Zweckes auf den Handelnden, und kein Handeln ist denkbar ohne Interesse" (Jhering, Zweck im Recht I 53). Umgekehrt aber braucht man, wenn man ein Interesse hat, deshalb noch nicht gleich zu handeln. Das Interesse ist nur ein Teil des dem Handeln voraufgehenden psychologischen Vorganges; damit dieser vollständig werde, muß zu dem Interesse noch der Wille hinzutreten. Im psychologischen Sinne wird demnach die Tätigkeit des Geschäftsherrn, wenn er selbst ein Geschäft in Angriff nimmt, durch sein Interesse und seinen Willen erschöpft. Diese Tätigkeit soll der Geschäftsführer ersetzen. Das will der § 683 sagen. Nun wird der Geschäftsführer aber, wenn er in diesem Sinne für den Geschäftsherrn eintritt, nur selten etwas unternehmen, was den wirklichen Absichten des Geschäftherrn entspricht; denn der Geschäftsherr kennt ja die Sachlage meist gar nicht, kann über sie also auch nichts beschließen. Es wird sich daher meistens nur fragen, ob der Eingriff des Geschäftsführers den mutmaßlichen Absichten des Geschäftsherrn entsprochen hat, m. a. W.: der Richter wird meistens nicht zu untersuchen haben, ob der Geschäftsherr wirklich ein Interesse an dem Zwecke des Geschäfts sowie einen das Geschäft herbeiwünschenden Willen gehabt hat, sondern ob er beides bei Kenntnis der Sach-

lage gehabt haben würde. Daher die Auflösung des Willens des Geschäftsherrn in einen „wirklichen" und einen „mutmaßlichen", eine Teilung, die dem Sinne nach auch in dem Interesse enthalten ist. Hiermit ist zugleich die Bedeutung des Wörtchens „oder" zwischen dem wirklichen und dem mutmaßlichen Willen festgestellt. Das „Mutmaßliche" soll nicht etwa gleichberechtigt neben das „Wirkliche" gestellt, sondern nur in Ermangelung des „Wirklichen" zugelassen werden. Daher entscheidet, falls der Geschäftsherr ein wirkliches Interesse und einen wirklichen Willen dartut, nur dieses. Wenn der Geschäftsherr aber die Sachlage nicht oder nicht ganz gekannt hat, so werden seine mangelnden wirklichen Absichten durch die mutmaßlichen ersetzt, und zwar entsprechend dem Grade seiner Kenntnis von der Sachlage. Hieraus ergibt sich folgende Abstufung in der Verwendung der wirklichen und der mußmaßlichen Absichten des Geschäftsherrrn: α. Ging die Kenntnis des Geschäftsherrn so weit, daß er bereits ein Interesse gewonnen und einen Willen gefaßt hatte, nur daß er an der Ausführung des Willens verhindert war, so ist sein wirkliches Interesse und sein wirklicher Wille maßgebend. β. Wußte er von der Sachlage nur so viel, daß er zwar ein Interesse, aber noch keinen Willen hatte, so entscheidet sein wirkliches Interesse und sein mutmaßlicher Wille. γ. Wußte er nichts von der Lage der Dinge, so gibt sein mutmaßliches Interesse und sein mutmaßlicher Wille den Ausschlag. Alle diese Vereinigungsformen von Interesse und Willen bedeuten dasselbe wie der Satz des römischen und gemeinen Rechtes: „Man muß sagen können, daß der Geschäftsherr die Geschäftsübernahme gebilligt haben würde, wenn er sie gekannt hätte." Die jetzige Fassung des negotium utiliter gestum ist nichts als eine Übersetzung des ursprünglichen Satzes ins Abstrakte. Man wird sich daher in der Praxis oft damit begnügen können, auf jenen einfachen Satz abzustellen.

2. *Baring a. a. O.: Es sei die Übernahme (der bekundete Entschluß zur Geschäftsbesorgung) zusammen mit allen ihrer Ausführung dienenden Realgeschäften ein einheitliches — auch Verpflichtungen begründendes — Rechtsgeschäft (§ 20). Hieraus folge u. a. entgegen der herrschenden Meinung: durch Geschäftsführung werde selbständig der Minderjährige weder berechtigt, noch verpflichtet; eine Ehefrau aber zwar verpflichtet, hingegen in Rücksicht auf die §§ 1395 ff. nicht immer ersatzberechtigt (§ 21). Die Person des Geschäftsherrn werde trotz § 686 BGB. und gegen Kohler, JheringsJ. **25** 1 ff., grundsätzlich durch die Absicht des auftraglosen Geschäftsführers bestimmt (§ 22). Danach könnten ein Beauftragter, ein Werkunternehmer und manche ähnlich Gestellte rechtlich sehr wohl zugleich als Geschäftsführer o. A. für einen anderen handeln, regelmäßig freilich ohne im Ergebnis ein Ersatzrecht zu erlangen. Grundsätzlich anders stehe außer dem Verkäufer, Vermieter, Darleiher (gegen Kohler a. a. O.) auch, wer privatrechtlich — wie der Vormund — oder publizistisch — wie u. a. der Armenverband — zur Geschäftsführung berechtigt ist. Ob in den letzteren Fällen ein Ersatzanspruch bestehe, hänge (gegen **RG. 14** 191) in erster Reihe von den die Berechtigung näher regelnden Normen ab. Diese seien bezüglich der Armenunterstützung im Privatrechte, und zwar im Landesrechte, zu suchen. Die früher in Preußen herangezogenen Normen über die nützliche Verwendung versagten jetzt freilich (§ 23).

3. Ärztliche G. o. A. S. JDR. **2** § 683 zu II 1, s. a. o. zu § 679 Ziff. 1.

a) *B. Hilse, Ärztl. SachverstZ. **05** 112. Es ist den Organen der Unfallberufsgenossenschaften (§§ 69, 75, 76 GewUVG.) die Entschließung darüber vorbehalten, in welchem Umfange dem Betriebsverletzten ein Heilverfahren zu gewähren sei und den Spruchbehörden (§§ 3, 15, 17 MG.) die Entscheidung von Streitigkeiten hierüber übertragen. Hieraus folgert Hilse, daß ein Arzt, welcher

die Behandlung eines Betriebsverletzten ohne oder gar gegen den Willen der Berufsgenossenschaft übernommen hat, gegen diese einen Anspruch auf Vergütung aus der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht ableiten kann, sowie in den KGBl. **05** 25, daß das zur Entscheidung über einen solchen angerufene ordentliche Gericht unzuständig ist (§ 13 GVG., § 135 GewUVG.), über die Vorfrage zu erkennen, ob eine öffentlich-rechtliche Pflicht der Berufsgenossenschaft verletzt und durch die Geschäftsführung erfüllt wurde, vielmehr das Verfahren auf Grund § 148 ZPO. so lange auszusetzen hat, bis in dem Verfahrensgange der Unfallversicherung solche rechtskräftig festgestellt wurde.

b) Über die Frage, ob der von einer Ehefrau angenommene Arzt von dem Ehemann Ersatz verlangen kann, s. JDR. **1** § 683 Ziff. 3. — α. Neuerdings Meyer JW. **05** 194. — β. Ferner Ullmann, JW. **05** 520/1, s. zu §§ 1357, 1360, 812, 826. — γ. OLG. **8** 343 ElsLothZ. **05** 123 ff. (Colmar). Ein Arzt, der von einem Familienmitgliede (Schwiegermutter) zu einer verheirateten Frau gerufen wird, muß im Zweifel deren Mann für den Besteller und Vertragsgenossen halten, falls ihm weder bei der Bestellung, noch bei Beginn der Behandlung durch den Mann selbst ausdrücklich mitgeteilt wird, daß nicht er, sondern lediglich seine Schwiegermutter die Hilfeleistung für ihre Tochter beanspruche. Aus dem passiven Verhalten ist zu folgern, daß er als Auftraggeber erscheinen wollte. — Aber auch beim Mangel einer vertraglichen Beziehung müßte der Mann aus der G. o. A. haften. Die Tätigkeit des Arztes stellt für ihn eine G. o. A. dar, die Erfüllung der Unterhaltspflicht. Angesichts des bedenklichen Charakters der Erkrankung lag die Behandlung der Frau durch einen als tüchtig bekannten Spezialarzt im Interesse des Mannes. Auch entsprach sie seinem mutmaßlichen Willen.

4. Über Ersatzanspruch wegen zufälliger Verluste s. o. zu § 670 Ziff. 2.

§ 684. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **04** 101 — JDR. **3** § 684 Abs. 2 — s. jetzt auch OLG. **10** 368/9.

§ 685. SächsA. **15** 732 ff. (Dresden): § 685 Abs. 2 regelt ausschließlich die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Geber und deren Empfänger. Keineswegs aber gilt die Vermutung für das Verhältnis dessen, der den Unterhalt tatsächlich verabreicht hat, zu dem in erster Linie hierzu Verbundenen. — Doch kann nicht mehr von einer Geschäftsführung gesprochen werden, sobald der unterhaltspflichtige Vater von der getrennt lebenden Frau die Herausgabe der Kinder verlangt und diese sich dem Willen nicht fügt.

Zwölfter Titel. Verwahrung.

Literatur: Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite. Berlin 1905.

§§ 688 ff. 1. *Klein, Zweckerreichung 33/34 (s. o. zu §§ 241 ff. Ziff. 2 a). Verlangt der Hinterleger vom Verwahrer die übergebene bewegliche Sache mit der ihm neben dem obligatorischen Anspruch aus dem Verwahrungsvertrage zustehenden vindicatio, so nimmt der dingliche Anspruch den Inhalt des obligatorischen Anspruchs aus § 695 in sich auf. Der Hinterleger kann nicht mit der vindicatio sich aus dem Verwahrungsverhältnisse herausziehen und so die Ansprüche des Verwahrers aus § 693 umgehen.

2. OLG. Hamm, von Arnold, JustdRdsch. **05** 202 mitgeteilt: Die Gefängnisverwaltung ist nach § 695 verpflichtet, dem verhafteten Gefangenen bei seiner Entlassung die bei seiner Verhaftung abgenommenen Gegenstände und Geldstücke zurückzugeben. Sie darf das Geld an das Amtsgericht nicht abliefern (§ 691). Die Tatsache, daß die Gerichtskasse Anspruch auf einen Teil des Geldes macht, berechtigt die Verwaltung nicht, die Herausgabe zu verweigern. Sie bzw. die Staatsanwaltschaft wird eventuelle schlechtgläubige Besitzerin (§§ 990 Abs. 1

Satz 2, 989). Bei Verzug tritt entsprechende Erweiterung der Haftung ein (§§ 284, 990 Abs. 2, 287). Über Haftung des Staates für Asservate s. JDR. **2** § 688 Ziff. 2 c.

3. OLG. Dresden, SächsA. **15** 232, EisenbE. **22** 11, R. **05** 368 Nr. 1652. Der Straßenbahn liegt außer der Verpflichtung zur Herbeiführung des Transporterfolges nach der Verkehrssitte u. a. auch die Verbindlichkeit ob, die in den Wagen zurückgelassenen und verlorenen Sachen sorgfältig aufzuheben (§§ 16 BetrO., 31 DO.). Die Verwahrungspflicht bildet einen Teil des Transportvertrags, den sie mit jedem Fahrgaste abschließt. Sie erlangt die Verwahrung, sobald der Schaffner den Gegenstand (für den Besitzer) an sich nimmt, und haftet dafür, daß die Aushändigung nur an einen Empfangsberechtigten erfolgt. Für Verschulden der Schaffner haftet sie nach § 278. Fahrlässig handelt der Schaffner, indem er die Sache einem Unbekannten, den er auf der Fahrt nicht einmal auf dem Straßenbahnwagen bemerkt hatte, auf dessen bloße Erklärung hin, er sei der Eigentümer, ohne weitere Legitimationsprüfung aushändigte ⇒ S. auch § 691 BGB. — An wen der gewöhnliche „Finder" herausgeben darf, regelt § 969. — Red. ⇐

4. Senckpiehl, Die Lagergeldforderungen der Eisenbahn, EisenbE. **21** 323 bis 327: Die Eisenbahn haftet ex deposito, nicht ex recepto. Nicht die §§ 416 ff. HGB., sondern §§ 688 ff. BGB. finden Anwendung (§§ 276, 690—691—697 usw.). — S. auch § 56 EVO. usw.

5. Über den Schrankfachvertrag s. Marcus, Holdheims MSchr. **05** 251 ff. — zu §§ 535 ff. —, JDR **1** zu § 535 Ziff. 1a, **2** Ziff. 1a.

§ 691. 1. *K. Fischer, Zurechnung fremden Verschuldens 18 (s. o. zu § 278 Ziff. 1 a). a) § 691 Satz 2 s. zu § 675 Ziff. 2. b) § 691 Satz 3. Die hier genannten „Gehilfen" sind identisch mit den Erfüllungsdienern des § 278.

2. *Adler 96 f. Bei Depotverträgen haftet der Verwahrer in der Regel für den Schaden, der dadurch entsteht, daß er oder sein Personal die Vermögensanlegenheiten des Deponenten weiterverbreitet, jedoch nicht, wenn der Deponent deshalb wegen Steuerhinterziehung bestraft wird.

§ 694. *Adler 110 f. Ist eine Mehrzahl von Hinterlegern vorhanden, so tritt unter diesen solidarische Haftung ein.

§ 695. *Adler 99 f. Die Vorschrift des § 695 kann durch Parteivereinbarung nicht beseitigt werden. Durch Parteivereinbarung kann bei Depotverträgen höchstens das Rückforderungsrecht an die Einhaltung einer kurz bemessenen Anmeldepflicht gebunden werden. Zur unangemessenen Zeit darf das Rückforderungsrecht in der Regel nicht ausgeübt werden. Durch die Rückforderung des Depots vor Ablauf der vereinbarten Dauer des Depotvertrags wird der Hinterleger nicht von seiner Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung für die ganze vereinbarte Dauer befreit (59). Dem Rückforderungsanspruche des Hinterlegers kann der Verwahrer den Einwand, daß er während des Depotvertrags das Eigentum an den deponierten Sachen erworben habe, entgegensetzen, nicht aber den Einwand, daß er bereits vor Abschluß des Depotvertrags Eigentümer dieser Sachen gewesen sei, oder, daß ein Dritter Eigentümer sei (129).

§ 696. *Adler 109. Auch beim Vorliegen eines wichtigen Grundes muß der Verwahrer dem Hinterleger eine angemessene Frist zur Rücknahme gewähren.

§ 697. *Adler 100 f. Trotz des bedenklichen Wortlauts des § 697 ist anzunehmen, daß der Bankier bei Beendigung eines Depotvertrags im Zweifel verpflichtet ist, auf ausdrückliches Ersuchen des Hinterlegers die Wertpapiere auf dessen Kosten und Gefahr zurückzusenden.

§ 699. *Adler 106. Auch wenn zwischen Verwahrer und Hinterleger eine Vereinbarung getroffen wurde, daß eine Zurückvergütung bereits gezahlter Depot-

gebühren nicht stattfindet, kann der Deponent eine entsprechende Gebührenquote zurückverlangen, wenn er durch Verschulden des Verwahrers zur vorzeitigen Zurückziehung seines Depots veranlaßt wird, oder wenn der Verwahrer die vorzeitige Rücknahme des Depots ohne gerechtfertigten Grund verlangt.

Dreizehnter Titel. Einbringung von Sachen.

§§ 701 ff. 1. Träger 320 ff. (s. o. zu § 249 Ziff. 3 b). Die Haftung des Gastwirts ist reine Kausalhaftung. Nur muß der Unfall in adäquatem Kausalzusammenhange mit dem Betriebe stehen, s. insbes. 323.

2. Speisewirt. Josef, R. **05** 428: Der bloße Speisewirt (Restaurateur) ist nicht Gastwirt, dagegen wohl der Inhaber einer sog. „Familienpension"; beim bloßen Vermieten möblierter Zimmer wird das eigene Hausrecht des Vermieters aufgehoben, das fremde begründet, die Wohnung aus einer eigenen zu einer fremden gemacht; der Gastwirt bleibt alleiniger Hausherr.

3. Stallmiete. S. JDR. **3** § 701 Ziff. 3. — OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 132/3. Keine Anwendung des §§ 701 ff. auf Restaurateure und Stallwirte. — Übereinstimmend die Praxis in JDR. **3** § 701 Ziff. 3. — Ebenso auch OLG. Stuttgart, DJZ. **05** 176. Es handelt sich bei dem Einstellungsvertrag um einen Vertrag besonderer Art, sofern dem Einstellenden nicht nur die Benutzung des Stalles, sondern auch gewisse Dienste (Füttern und Tränken des Pferdes u. dgl.) gewährt werden. Die durch den Vertrag begründete gewisse Aufsichtspflicht des Stallwirts geht nicht soweit, daß fortwährend eine Aufsichtsperson im Stalle anwesend sein müßte, sondern erfordert nur ein zeitweiliges Sehen nach den eingestellten Tieren. (Abweisung der Klage auf Ersatz für ein durch ein Nachbarpferd erschlagenes Tier). — S. ferner OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 163 ff. Der Kläger hatte sein Pferd in den Stall des Beklagten aufnehmen lassen und in der Wirtschaft eine Erfrischung zu sich genommen, alsdann diese verlassen, um seinen Geschäften nachzugehen. Zwischen den Parteien wurde nur dadurch, daß der Kläger bei dem Beklagten persönliche Einkehr nahm, das gewöhnliche Vertragsverhältnis des Speisewirts und Wirtsgasts begründet, und weiter bestand zwischen ihnen ein Vertrag in betreff der Unterbringung von Pferd und Wagen, worauf § 701 nicht zutrifft. Dieser Vertrag ist entgeltlich, das „Trinkgeld" an den Hausknecht die die vertragsmäßige Gegenleistung des Klägers bildende Vergütung, welche der Beklagte seinem Angestellten als Teil seines Lohnes überläßt. Es kann sich — wenn dem Kläger lediglich der Raum, seine Sachen unterzubringen, überlassen ist — um Sachmiete oder wenn Obhut und Fürsorge für Pferd und Wagen übernommen wird — um einen Verwahrungsvertrag (§§ 688 ff.) oder dergl. handeln. In keinem Falle haftet der Beklagte wegen der fehlenden Zwischenstangen, da der Kläger, ohne etwas besonderes zu verlangen, sein Pferd in den Stall aufnehmen ließ, dessen Beschaffenheit usw. er kannte. — Dagegen wurde die Haftpflicht in einem anderen Falle vom OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 8 ff., bejaht, mit folgender Begründung: der Wirt, welcher den bei ihm verkehrenden Gästen einen Stall für ihre Pferde und einen Knecht für die mit dem Einstellen verbundenen Geschäfte zur Verfügung stellt, übernimmt damit gegenüber den Gästen die Verbindlichkeit, ihnen die genannten Dienste zu leisten oder leisten zu lassen. Verlangt der Wirt hierfür auch kein besonderes Entgelt (Stallgeld), so entsteht ihm der erstrebte Gewinn durch den Besuch der Wirtschaft und die damit sich ergebende Zeche. Der Wirt hat also Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Durch Aushängen eines Plakats könnte er sich nicht ohne weiteres befreien.

4. Norddeutscher Lloyd. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 126 ff., verneint die Eigenschaft des „Norddeutschen Lloyds" als eines „Gastwirts" im

Sinne der §§ 701, 702. Der Umstand, daß eine Beherbergung der Reisenden während der Reise stattfindet, macht ihn nicht dazu. Ebensowenig wird er dies durch die Übernahme der Verpflegung; die Beförderung bleibt die Hauptsache. Und wenn er auch infolge des mit besonderem Verdienste verbundenen, nicht in den Fahrpreis eingeschlossenen Getränkeverkaufs die Eigenschaft als Gastwirt haben sollte, so sind doch die §§ 701, 702 nicht anwendbar.

5. Abs. 2. *K. Fischer, Zurechnung fremden Verschuldens 19/21: Die hier genannten „Leute" sind identisch mit den Erfüllungsdienern des § 278.

Vierzehnter Titel. Gesellschaft.

Vorbemerkung: Auch im laufenden Berichtsjahre hat sich keine Monographie mit dem Gesellschafts- oder Gemeinschaftsrechte befaßt. Einige allgemeine Bemerkungen finden sich in der zu § 705 zitierten Schrift von Sachau. — Über das Verhältnis des nicht rechtsfähigen Verein's zur Gesellschaft hat sich eine feste Meinung noch nicht gebildet; von Interesse für die Frage ist die Note 1 b zu § 705 mitgeteilte Entscheidung des RG. — Von größerer Bedeutung sind auch die zu § 706 Note 2 und § 738 Note 2 angeführten Entscheidungen des RG. über die Verhängung von Strafen über die Gesellschafter und die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für streitige Schulden im Falle des § 738.

§ 705. Literatur: Harster, Der zusammengesetzte Schulsprengel im Privatrechtsverkehr, BayRpflZ. **05** 16 ff. — Sachau, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, GoldschmidtsZ. **56** 461. — Wolff, Die Praxis der Finanzierung. Berlin 1905. — ZAktWes. **05** 213: Konsortialgeschäfte.

1. Verein oder Gesellschaft? **a)** Sachau gelangt zu den Thesen: α. Zwischen dem Wesen des nicht rechtsfähigen Vereins und dem einer Gesellschaft muß nach der Auffassung des Gesetzes ein Unterschied bestehen. β. Zwischen dem Wesen beider ist ein Unterschied nicht zu finden (461). S. a. § 54 Ziff. 1 d, 3 a. — **b)** **RG. 60** 94 ff., DJZ. **05** 457: Eine Vereinigung, für welche ein Wechsel in dem Mitgliederbestande nach ihrem Wesen und ihrer Gestaltung von selbst und mit Notwendigkeit gegeben ist, und sich auch durch einfache Mehrheitsbeschlüsse der Mitgliederversammlung soll vollziehen können, die ferner korporativ organisiert ist und einen Gesamtnamen führt, ist ein Verein, keine Gesellschaft. (Daß in dem Gründungsvertrage der Vereinigung ein Name nicht beigelegt ist, steht dem nicht entgegen, da es genügt, wenn die Vereinigung sich im Verkehre mit anderen tatsächlich einen Namen beilegt.) Gleichgültig ist, daß der Grundvertrag als Gesellschaftsvertrag, seine Teilnehmer als Gesellschafter bezeichnet sind, diese Ausdrucksweise deutet nur darauf, daß nicht die Gründung eines rechtsfähigen Vereins beabsichtigt ist. S. a. § 54 Ziff. 1 c.

2. Die Begriffsmerkmale des Gesellschaftsvertrags. **a)** Gemeinschaftliches Vermögen? α. Vgl. JDR. **2** Note 1 a zu § 705. β. **RG.** DJZ. **05** 1170, JW. **05** 719: Das BGB. hat in den §§ 705 ff. allerdings in erster Linie ein Verhältnis im Auge, bei dem die Gesellschafter sich zur Leistung des Beitrags verpflichten und ihre Absicht auf die Begründung eines Gesellschaftsvermögens richten. Indessen sind dies nicht notwendige Voraussetzungen, insb. können, wie bei der stillen Gesellschaft des HGB., zwar Beiträge vereinbart, die Bildung eines gemeinschaftlichen Vermögens aber ausgeschlossen sein. Wenn eine Beitragspflicht nicht besteht, ist regelmäßig anzunehmen, daß die Bildung eines gemeinschaftlichen Vermögens ausgeschlossen ist. Demgemäß hat das RG. eine Vereinbarung, wonach A. den B. derart an einem Geschäft über 1463 Seronen Havanatabak beteiligte, daß B., ohne Verpflichtung zum Beitrag von seiner Seite, den Tabak kaufte, aber an dem Gewinn und Verluste zur Hälfte beteiligt sein sollte (rect. wohl: den Verkäufer beteiligen sollte?), als eine Gesellschaft, bei welcher die Bildung eines gemeinschaftlichen Vermögens ausgeschlossen sei, be-

urteilt. — **b)** Gemeinsamer Zweck. α. Vgl. IDR. **1** Note 5 zu § 705. β. **RG.** HansGZ. **05** Beibl. 250: Das, was den Gesellschaftsvertrag von anderen gegenseitigen Verträgen unterscheidet, ist die Absicht des auf einen gemeinsamen Zweck gerichteten Zusammenwirkens. Wenn jeder der bei einem Rechtsverhältnisse Beteiligten eigene Zwecke verfolgt, liegt keine Gesellschaft vor. Demgemäß wurde ein Vertrag, in welchem sich ein Jagdpächter gegen Zahlung einer Geldsumme verpflichtete, einem anderen in den von ihm für eigene Rechnung gepachteten Revieren zu gestatten, die Jagd in gleicher Weise, wie er selbst, auszuüben, nicht als Gesellschaftsvertrag angesehen, obwohl die Ausdrücke „Jagdgenosse, Beiträge" in ihm gebraucht waren, und zwar weil er nicht auf Erreichung eines gesellschaftlichen Zweckes, sondern auf den Austausch von Leistungen gerichtet sei. — **c)** Über einen Grenzfall von Mäkler- und Gesellschaftsvertrag s. o. zu § 652 Ziff. 2 f.

3. Einzelne Fälle. **a)** Schulsprengel. *Harster: Ein Rechtsgebilde besonderer Art ist der zusammengesetzte Schulsprengel nach bayerischem Rechte. Er ist keine juristische Person, Träger der Rechte und Pflichten sind vielmehr die zum Sprengel ganz oder mit Teilen gehörigen politischen Gemeinden. Er ist eine Rechtsgemeinschaft, die im allgemeinen nach dem Gesellschaftsrechte des BGB. zu behandeln ist, aber manches Eigenartige hat, was sie der Körperschaft sehr nahe bringt. An der Stelle des Gesellschaftsvertrags steht hier das Gesetz (SchulbedarfsG. v. 28. 7. 02), die analoge Anwendung der §§ 712, 720, 725, 727 ist daher ausgeschlossen. Das Wichtigste aber ist, daß die Rechtsgemeinschaft ein Organ hat, die verstärkte Gemeindeverwaltung (meist der Schulsitzgemeinde), dem die vermögensrechtliche Verwaltung der Sprengelschule einschließlich der Vertretung nach außen zusteht, und das auf diesem Gebiete die Vermutung der Zuständigkeit für sich hat. — **b)** Kartelle. *Rundstein a. a. O. 24 ff.: Die Kartelle nehmen die Form der Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes an. Als Beiträge können nicht nur Geldleistungen (Zusammenschließung des Vermögens), sondern auch Dienstleistungen und im Statute besonders qualifizierte Verpflichtungen (z. B. betr. die Preisfestsetzungen, die Produktionsregelung, den Absatz der Waren) vorkommen. — Nimmt die Kartellgesellschaft eine korporative Verfassung an, so hat man es mit einem nicht rechtsfähigen Vereine zu tun (§ 21, § 54 BGB.). — **c)** Begebungskonsortien. α. Vgl. IDR. **3** Note 1 b γ zu § 705. β. Wolff a. a. O. 57: Das Verhältnis der einzelnen Konsortialbeteiligten untereinander ist meist dasjenige einer Gelegenheitsgesellschaft, geschaffen zum Zwecke der Veräußerung der Aktien auf gemeinschaftliche Kosten. Das Konsortium steht unter einem der Gesellschafter als Konsortialleiter, welcher mit dem Gründungskonsortium, das gleichfalls als Gelegenheitsgesellschaft zu beurteilen ist, den Übernahmevertrag abschließt und mit einzelnen dazu bereiten Personen Konsortialverträge abschließt. Der Inhalt dieser Verträge geht meist dahin, daß dem Konsortialleiter das Begebungsgeschäft überlassen wird, während der Gewinn über einen bestimmten Preis hinaus anteilig den Gesellschaftern zufällt, und die Gesellschafter verpflichtet sind, unbegeben bleibende Aktien zum Übernahmekurse zu übernehmen. — Muster eines solchen Vertrags das. 68 f. — γ. ZAktWes. a. a. O.: Das Verhältnis zwischen dem Konsortium und dem Emittenten gestaltet sich der Regel nach dahin, daß dieser nur mit dem Konsortialleiter in Verbindung tritt, und an ihn die Papiere zu einem festen Kurse verkauft, dagegen mit den übrigen Gliedern des Konsortiums durch keinerlei rechtliche Beziehungen verknüpft ist. Das Verhältnis zwischen den einzelnen Konsorten ist entweder ein gesellschaftliches oder untersteht besonderen Regeln. — **d)** Vereinigungen zur Verwertung von Grundstücken (Form). α. Vgl. IDR. **1** Note 6, 9 Abs. 2, **3** Note 2 zu § 705 u. o. zu § 313 Ziff. II 1 e. β. **RG.** HoldheimsMSchr. **05** 112, R. **05** 15, GruchotsBeitr. **49** 627: Ein Gesellschaftsvertrag, durch den die

Parteien sich zur Ausbeutung eines in dem Vertrage bestimmt bezeichneten, von dem einen Gesellschafter den Gesellschaftszwecken zugeführten Areals durch Anlegung einer Villenkolonie unter Beteiligung eines jeden an Gewinn und Verlust verbinden, bedarf der im § 313 BGB. vorgeschriebenen Form. Es ist dabei gleichgültig, ob das Areal inferiert wird, oder der Eigentümer sich nur verpflichtet, es Kaufliebhabern aufzulassen. Auch wenn er sich eine Prüfung der Person der letzteren vorbehält, liegt eine die Anwendung des § 313 bedingende Verpflichtung zur Veräußerung vor. — γ. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 619: Vereinigen sich zwei Personen zu einer Gesellschaft, deren Zweck in der Verwertung eines dem einen von ihnen gehörigen Villenterrains besteht, und verpflichtet sich der Eigentümer, die Grundstücke an die von dem anderen Gesellschafter besorgten Käufer aufzulassen, so bedarf der Gesellschaftsvertrag der Form des § 313. Die Auflassungspflicht kann als gesellschaftliche Leistung übernommen werden. Die Vorschrift des § 718, daß „die Beiträge der Gesellschafter" Gesellschaftsvermögen werden, hat nicht die Bedeutung, als wenn das Gesetz nur Beiträge anerkannte, die geeignet sind, Gesellschaftseigentum zu werden. Dafür spricht auch § 706 Abs. 3. — Der Form des § 313 bedarf es in solchen Fällen nur dann nicht, wenn der Eigentümer berechtigt ist, seine Einwilligung zum Verkauf in jedem Falle willkürlich zu versagen. — **e)** **RG.** DJZ. **05** 361: Die Vorschriften über die Gesellschaft sind für entsprechend anwendbar erklärt auf ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Spediteuren, bei dem der eine dem anderen die Verladung von Gütern, deren Versendung dem ersteren aus einem Vertragsverhältnisse mit einer dritten Firma oblag, auf der Bahn übertrug, während er sich das Abrollen vorbehielt. — **f)** Gesellschaft bei von Eheleuten gemeinschaftlich betriebenem Geschäfte. R. **05** 224 (Colmar): Wenn Eheleute tatsächlich gemeinschaftlich ein Geschäft betreiben, bestimmt sich ihr Verhältnis zu den Gläubigern des Geschäfts nach den Grundsätzen über die Gesellschaft, auch dann, wenn auf dem Ladenschild lediglich der Name des Ehemanns angebracht ist, der Steuerzettel auf seinen Namen lautet, oder er gelegentlich Geschäfte auch ohne Mitwirkung seiner Ehefrau abschließt.

4. *Merzbacher, GmbH. § 18 Anm. 2a: Wenn ein Geschäftsanteil einer GmbH. mehreren Mitberechtigten ungeteilt zusteht, so haften dieselben der Gesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner für die rückständigen Einzahlungen.

5. Beginn der Gesellschaft. **RG.** BayRpflZ. **05** 348: Eine Gesellschaft zum gemeinschaftlichen Spielen in einer Lotterie wird schon mit der Eingehung, nicht erst mit der Anschaffung des Loses wirksam.

§ 706. 1. Besteht Stempelpflicht für die Leistungen der Gesellschafter? OLG. **11** 208 (KG.): Die Verpflichtung zu einer Leistung, die in einem Gesellschaftsvertrage begründet wird, ist nur dann einem besonderen Stempel, außer dem Stempel für den Gesellschaftsvertrag, nicht unterworfen, wenn es sich tatsächlich um ein Einbringen, d. h. um eine Leistung handelt, für welche gesellschaftliche Rechte gewährt werden. Gewährt die Gesellschaft für die Leistungen neben den gesellschaftlichen Anteilsrechten noch eine weitere Gegenleistung, so liegt ein neben dem Gesellschaftsvertrag herlaufendes, mit ihm nur äußerlich in Verbindung gebrachtes besonderes Veräußerungsgeschäft vor.

2. Vertragsstrafen zur Erfüllung der Gesellschaftspflichten. **a)** Vgl. JDR. **1** Note 9 Abs. 4 zu § 705. **b)** **RG.** R. **05** 679: Ist in einem Syndikatsvertrage den Gesellschaftsorganen die nach einem gewissen freien Ermessen auszuübende Befugnis eingeräumt, die Mitglieder bei vertragswidrigem Verhalten zu einer Geldstrafe heranzuziehen, so unterliegt der Beweggrund, aus welchem die Gesellschaftsorgane im einzelnen Falle von ihrer Strafbefugnis Gebrauch gemacht haben, nicht der richterlichen Prüfung. Der Richter hat nur zu

prüfen, ob ein Fall vorgelegen hat, für den die Strafbefugnis gegeben ist. Doch kann eingewendet werden, daß die Gesellschaftsorgane von ihrem Ermessen einen unbilligen Gebrauch gemacht, insbesondere etwa den allgemeinen Grundsatz gleicher Rechte und Pflichten der Teilhaber mißachtet hätten.

§ 708. *Rundstein, Die Konkurrenzverbote in den Kartellverträgen, ABürgR. 25 105 ff.: Die gesellschaftliche (oder gesellschaftsähnliche) Natur der Kartelle bedingt es, daß auch ohne ein ausdrückliches Konkurrenzverbot die Kartellteilnehmer sich an verwandten oder gleichartigen Unternehmungen nicht beteiligen dürfen. (Verstoß gegen Treu und Glauben.)

§ 710. **a)** Vgl. IDR. 2 Note 6, 3 Note 7 zu § 705. **b)** *Geigel, PucheltsZ. **04** 106 und Kirchen- und Stiftungsrecht I 89, 423: In der Zeichnung eines Beitrags für ein gemeinnütziges oder wohltätiges Unternehmen liegt, soweit man weder sich, noch Dritten ein Mitbestimmungs- oder Überreichungsrecht ausdrücklich vorbehält, die unwiderruflich dem Sammler erteilte Vollmacht zur Einklagung und bestimmungsgemäßen Verwendung des Beitrags. Vgl. Kiepert, Die Sammlungen zu wohltätigen oder gemeinnützigen Zwecken 41.

§ 717. **a)** Vgl. IDR. 1 Note 2, 2 Note 2 zu § 717. **b)** **RG. 60** 130, R. **05** 193: Die Gesellschaft ist zwar auf die Dauer berechnet, die Verbindung jedoch keine so enge (wie bei der Ehe), daß eine Möglichkeit gegeben sein muß, das für Zwecke der Gesellschaft angelegte Vermögen auch anderen Zwecken dienstbar zu machen. Hierfür gewährt § 717 das geeignete Mittel. Die im § 717 erwähnten Ansprüche sind nicht zukünftige Forderungen, deren Entstehung nur als möglich vorausgesetzt wird, sondern bereits bestehende Forderungen, deren Höhe freilich noch von künftigen Ereignissen abhängig ist, die aber abgetreten und gepfändet werden können. **c)** S. a. u. zu § 2033 betr. Verfügungsrecht.

Zu §§ 718—720. Literatur: Weigelin, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld. Hannover 1904.

*Weigelin: Zu § 718. Eine den Gesellschaftern zustehende Forderung kann nur von allen zusammen aufgerechnet werden (75). Zu § 719: Steht einem Gläubiger gegen einen einzelnen Gesellschafter eine Forderung zu, so kann dieser schon deshalb nicht aufrechnen, weil es an der vollen Gegenseitigkeit von Forderung und Schuld fehlt (83 ff., 47). Zu § 720: Über die entsprechende Anwendung der §§ 406, 407 (91 ff.).

§ 718. Literatur: Beyer, Die Surrogation von Vermögen im BGB. Marburg 1905. — Hölder, Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.

1. Bestandteile des Gesellschaftsvermögens. **a)** Vgl. IDR. 1 Note 2, 2 Note 2 zu § 705. **b)** *Hölder a. a. O. 272: Zum Gesellschaftsvermögen gehören auch die Ansprüche sowohl auf die Beiträge der Gesellschafter als auf den durch ihr Verhalten in Angelegenheiten der Gesellschaft geschuldeten Ersatz. **c)** *Beyer a. a. O. 209 ff.: Als „Erwerb auf Grund eines ➺ zu einem Sondervermögen gehörenden ⇜ Rechtes“ stellt sich nur derjenige Erwerb dar, welcher ganz ohne vermittelndes Umsatzgeschäft erzielt worden ist; im Gegensatze zu Oertmann (§ 818 Ziff. 2cα) einerseits und Planck (§ 818 Erl. 2b), Enneccerus (832), Wieruszowski (Eherecht II 305 ff.), Staudinger (IV 163), Crome (II 1008), Dernburg (Bürgerliches Recht II 605) andererseits. **d)** *Geigel, PucheltsZ. **04** 107, Kirchen- und Stiftungsrecht I 89, 423: Beiträge zu gemeinnützigen oder wohltätigen Unternehmungen sind Gesellschaftsvermögen und dem Zugriffe der Gläubiger wie der Erben entzogen. (Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte 248; Hellwig, Anspruch und Klagrecht 297.)

2. Auf welche Weise wird ein Vermögensrecht Teil des Gesellschaftsvermögens? **a)** Vgl. IDR. 2 Note 3 zu § 718. **b)** *Beyer

a. a. O. 329: Um Gesellschaftsvermögen zu werden, braucht der Erwerb weder im Namen der Gesellschaft (so Planck zu § 718), Staudinger (zu § 718) und Enneccerus (733) noch im Namen der Gesellschafter (so Kohler, A. BürgR. 22 16) gemacht zu sein; es genügt, wenn der Wille vorhanden gewesen ist, für das Gesellschaftsvermögen zu erwerben. **c)** OLG. **10** 185 (Hamburg): Der Wortlaut des § 718 scheint allerdings dafür zu sprechen, daß schon die bloße, unausgesprochene Absicht eines geschäftsführenden Gesellschafters genügen solle, um auch beim Kontrahieren in eigenem Namen die erworbenen Rechte zu Gesellschaftsrechten zu machen. Allein diese Auslegung ist nicht richtig. Sie würde eine Durchbrechung des im § 164² ausgesprochenen Grundsatzes bedeuten; daß eine solche nicht gewollt ist, ergibt die Entstehungsgeschichte (Entw. I § 641 von der 2. Kommission gestrichen, weil überflüssig). § 718 bestimmt nur darüber, was gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter wird, nicht wie sich dieser Erwerb vollzieht. **d)** Grundstücke. α. Vgl. JDR. **2** Nr. 3, **3** Note 1, 2, 3 zu § 718. β. OLG. **10** 239 (BayObLG.): Ein den Gesellschaftern als Miteigentümern gehöriges Grundstück wird Gesellschaftsvermögen erst durch Auflassung. Die Unterwerfung eines im Miteigentume nach Bruchteilen stehenden Grundstücks unter das Rechtsverhältnis einer Gemeinschaft zur gesamten Hand ist Ersetzung des bisherigen Gemeinschaftsverhältnisses durch eine Gemeinschaft anderer Art. Sie enthält eine Verfügung über das Eigentum am Grundstück, eine Lösung der bisherigen Verknüpfung des Eigentums mit den Personen der Teilhaber und eine neue Verknüpfung mit ihnen.

§ 722. Beweislast. 1. Rosenberg, ACivPrax. **94** 111: Wer die Verabredung eines anderen Teilungsmodus behauptet, hat dies zu beweisen.

2. *Stölzel, BuschsZ. **35** 20 ff.: Wer (bei Streit über seinen Gesellschaftsgewinn- oder -Verlustanteil) zum Kopfteile berechtigt zu sein geltend macht, hat, wenn der Gegner die beim Gesellschaftsschlusse getroffene Abrede eines anderen Teilverhältnisses geltend macht, zu beweisen, daß es an solcher Abrede fehle.

§ 723. 1. Beweislast. Rosenberg, ACivPrax. **94** 111: Über die Beweislast in Behauptung abweichender Kündigungsbestimmungen s. zu § 564.

2. Enthalten die Abs. 1 und 2 zwingendes Recht? **a)** Vgl. JDR. **1** Note 1, **3** Note 1 zu § 723. — **b) RG.** R. **05** 617, JW. **05** 648: Wird eine Gesellschaft auf unbestimmte Zeit geschlossen, so darf der freiwillige Austritt von Mitgliedern nicht an die Zahlung einer bestimmten Abfindungssumme gebunden werden. Beschränkungen des in den Abs. 1 und 2 dieses Paragraphen geregelten Kündigungsrechts sind rechtsungültig. In das Kündigungsrecht darf auch nicht durch Vertragsbestimmungen, welche die Auseinandersetzung regeln, eingegriffen werden. Abs. 3 dieses Paragraphen gilt auch für die vor dem Inkrafttreten des BGB. errichteten Gesellschaften. — **c) RG.** R. **05** 680: Abs. 3 dieses Paragraphen enthält zwingendes Recht, während bezüglich des Abs. 1 Zweifel darüber möglich sind, ob er zwingendes Recht enthält. Abs. 3 ist auch auf Gesellschaften anwendbar, die an sich nach früherem Rechte zu beurteilen sind.

3. Wichtiger Grund. In dem Note 3e § 705 erwähnten Falle hat **RG.** DJZ. **05** 361, für einen wichtigen Grund, der zu sofortiger Kündigung berechtigte, angesehen, daß der Spediteur, welcher die Verfrachtung auf der Bahn übernommen hatte, verschiedene Reklamationsschreiben des anderen Spediteurs, welcher seinerseits von der Firma, die ihm die Versendung ihrer Güter übertragen hatte, moniert worden war, unbeachtet gelassen hatte.

§ 730. 1. Klagen der Gesellschafter nach Beendigung der Gesellschaft gegen Dritte. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 263, JW. **05** 430: Die Gesellschaft gilt nach der Auflösung nur insoweit als fortbestehend, als der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Ist daher die Auseinandersetzung bis

auf eine Forderung, welche die Gesellschafter gegen einen von ihnen auf Grund von dessen Geschäftsführung erheben, beendet, so brauchen sie, wenn es zur Klage kommt, nicht auf Leistung an die Gesellschaft bzw. zum Gesellschaftsvermögen klagen, sondern können Leistung an sich fordern. Es ist kein Grund ersichtlich, inwiefern es für den Zweck der Auseinandersetzung noch erforderlich sein sollte, die längst aufgelöste Gesellschaft als fortbestehend anzusehen. Klagen sonach die Gesellschafter auf Leistung an sich, und nicht zum Gesellschaftsvermögen, so liegt darin nicht eine nach § 719 unzulässige Verfügung über ihre Anteile am Gesellschaftsvermögen.

2. Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander nach Beendigung der Gesellschaft. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 48: Enthält ein Gesellschafter seinem Sozius nach Auflösung der Gesellschaft Wertobjekte, welche in die Gesellschaft eingebracht waren, eigenmächtig und vertragswidrig vor, so ist der Sozius nicht auf den Bereicherungsanspruch beschränkt; er kann vielmehr sein Interesse auch nach den Grundsätzen des Gesellschaftsrechts verfolgen.

§ 737. **RG.** BayRpflZ. **05** 222, DJZ. **05** 553, JW. **05** 315: Ein Gesellschafter kann nicht mehr ausgeschlossen werden, wenn er bereits ausgeschieden ist. Die Gerichte können eine von der Gesellschaft innerhalb ihrer Jurisdiktion verfügte Ausschließung nicht nachprüfen, wohl aber, ob die Gesellschaft die Grenzen ihrer Jurisdiktion überschritten hat. (Die Entscheidung ist ergangen für einen nicht rechtsfähigen Verein.)

§ 738. 1. Geltungsbereich des § 738. BayObLG., BayRpflZ. **05** 82, SeuffA. **60** 97, SeuffBl. **05** 180: § 738 bezieht sich nur auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der in Gemäßheit der §§ 736 f. fortbestehenden Gesellschaft, nicht auf den Fall, daß durch das Ausscheiden des einen von zwei Gesellschaftern die Gesellschaft aufgelöst wird. Für diesen Fall hat es bei den Vorschriften der §§ 730 bis 735 sein Bewenden. § 2033 kann nicht analog auf die Gesellschaft angewendet werden.

2. Zu Abs. 1 Satz 3. **a)** Die herrschende Meinung dehnt die zitierte Vorschrift dahin aus, daß auch für streitige Schulden Sicherheit zu leisten ist. Planck § 738, Dernburg, BürgR. (2) II § 362 Anm. 1; Crome, System III § 285 Anm. 18, Cosack (4) II § 279 b δ, Matthiaß I § 128, Enneccerus-Lehmann (2) I 742, Knoke, Gesellschaft 129, Goldmann, HGB. zu § 138. — **b)** AA. Staudinger II § 738 II 3, Goldmann-Lilienthal, HGB. § 200 Bem. 19 und **RG. 60** 155, JW. **05** 231: Gegen die Ausdehnung der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung auf strittige Schulden spricht der Wortlaut. Im § 733, wo Vorschriften über die Auseinandersetzung gegeben sind, werden im Abs. 1 Satz 2 die strittigen Schulden neben den noch nicht fälligen erwähnt. Auch die Beratungen der II. Kommission ergeben, daß man hier, wie in §§ 257 Satz 2, 775 Abs. 2, die Befugnis zur Sicherheitsleistung auf nicht fällige Schulden beschränken wollte. Das Ergebnis widerspricht auch nicht der Billigkeit, da der ausscheidende Gesellschafter durch richtige Benutzung der ihm gegebenen Rechtsbehelfe sich vor der Gefahr, für strittige Schulden in Anspruch genommen zu werden, schützen kann. S. a. o. § 257 zu b.

Fünfzehnter Titel. Gemeinschaft.

§ 744. Abs. 2. **RG. 60** 269 pass.: Die Beschaffung der Löschungsbewilligung eines Gläubigers gehört zu den Individualrechten, die von den einzelnen Teilhabern — hier Miteigentümern eines Grundstücks — selbständig ausgeübt werden können.

§ 745. 1. Die Bedeutung der Vorschrift. R. **05** 680 (Kiel): § 745 soll eine ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung des gemeinschaft-

lichen Gegenstandes auch dann ermöglichen, wenn eine Einigung sämtlicher Beteiligten nicht zu erzielen ist. Daher muß die beschlußfassende Mehrheit befugt sein, ihren Beschluß auszuführen, ohne die widerstrebende Minderheit erst auf ihre Einwilligung zu verklagen. Sie vertritt die Minderheit kraft der ihr durch § 745 stillschweigend erteilten gesetzlichen Vollmacht. Der Mehrheitsbeschluß verliert auch nicht dadurch seine Gültigkeit, daß die Minderheit nicht vorher gehört worden ist; hierdurch kann sich die Mehrheit höchstens schadensersatzpflichtig machen.

2. Abs. 2. **a)** Vgl. JDR. **1** zu § 745. — **b)** **RG.** R. **05** 251, Gruchots Beitr. **49** 837: In der Klage muß diejenige Maßregel, welche der Kläger wünscht, bezeichnet werden, z. B. abwechselnde Benutzung durch die Teilhaber, Überlassung der Benutzung an einen Teilhaber, Verpachtung usw.; es genügt nicht, den Richter im allgemeinen anzurufen und eine angemessene Anordnung zu begehren.

§ 747. **RG. 59** 180 pass.: Der Verfügung des Berechtigten steht die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung gleich.

§ 749. Wegen der Unteilbarkeit der gemeinsamen landwirtschaftlichen Zweckgrundstücke s. bei § 1010.

§ 752. R. **05** 560 (Colmar): Die Vorschriften über die Teilung sind dispositiv; daher bleibt es, ungeachtet des Aufhebungsantrags des einen Teilhabers, den anderen unbenommen, miteinander nach Ausscheiden des Antragstellers in der Gemeinschaft zu verbleiben. Die Teilung braucht daher nur insoweit bewirkt zu werden, als das Ausscheiden des einen dies erforderlich macht. Hat er den ihm zustehenden Anteil erhalten, so berührt es ihn nicht, ob und wie die übrigen teilen.

§ 756. Literatur: Müller, Wie sind Nachlaßfordernngen gegen einen Miterben bei der Auseinandersetzung zu behandeln? R. **05** 579 ff.

*Müller: Unter den „Forderungen, die sich auf die Gemeinschaft gründen“, sind nicht nur jene Forderungen, die durch die Gemeinschaft oder während der Gemeinschaft begründet werden, sondern alle Forderungen zu verstehen, welche infolge der durch die Gemeinschaft geschaffenen internen Rechtsverhältnisse unter den Gemeinschaftern als solchen begründet sind, sohin alle Forderungen, welche Gemeinschaftern gegen Gemeinschafter zustehen und welche ohne das Bindeglied der Gemeinschaft dem Teilhaber als solchem gegen den Teilhaber als solchen nicht zustehen würden. Demgemäß sind auch Nachlaßforderungen gegen einen Miterben den Forderungen beizuzählen, die sich auf die Erbengemeinschaft gründen.

Sechzehnter Titel. Leibrente.

Literatur: Sepp, Der Leibrentenvertrag nach dem BGB. München 1905.

§ 759. 1. Sepp. **a)** In Übereinstimmung mit den früheren Rechten umfaßt auch der Rentenbegriff des BGB. weder Dienstleistungen noch Gewährung von Rechten; de lege ferenda wäre solche Ausdehnung wünschenswert. Jedoch können Dienste als Nebenleistungen in einen Leibrentenvertrag mit aufgenommen werden. Dann ist für dieses Versprechen die schriftliche Form nicht erforderlich, da nach § 761 nur das Leibrentenversprechen in dieser Form abgegeben werden muß. Die Leistung muß nach Quantität und Qualität der zu leistenden Sache fest bestimmt sein. Es genügt auch Bestimmbarkeit. Sie liegt nicht beim Alimentationsvertrag vor. Dieser ist zumeist kein Leibrentenvertrag. Soweit jedoch die Leistungen des Verpflichteten von vornherein auch der Höhe nach bestimmt sind, liegt in tantum ein Leibrentenvertrag vor (10, 16). Auf das Leben irgend einer Person muß die Leibrente stets gestellt sein. Doch kann das Ende ihrer Dauer außer an den Tod noch an andere Ereignisse oder an eine Zeitbestimmung geknüpft sein, wenn die Beschränkung der Leistung auf Lebenszeit

das Wesen der Leibrente ausmacht und demgegenüber eine Beschränkung durch einen Endtermin oder den Eintritt eines Ereignisses nur eine Nebenbestimmung darstellt. Auch auf mehrere Leben kann die Leibrente gestellt sein (16—19). Arten des Leibrentenvertrags: im engeren Sinne — Leibrentenschenkung — als Gegenstand eines Verlustgeschäfts (19—23). Rechtliche Natur: weder Kauf, noch aleatorisches Darlehn, noch Spiel, sondern ein eigenartiger Vertrag (24 bis 30 und 30 ff.) Über den Auszugs- und Versicherungsvertrag a. a. O. 34 bis 41. — Die Leibrente entsteht mit Abschluß des Vertrags (46—52). Über die praktischen Folgen dieses Satzes, insbesondere die konkursrechtlichen 52—57. Darüber, daß die Leibrente ein einheitliches Forderungsrecht auf die Rente im ganzen mit ungewissem Endtermin ist, a. a. O. 57—68. Daher braucht der aus dem Leibrentenrecht Klagende nur das Vorliegen des Vertrags bzw. des sonstigen Entstehungsgrundes zu beweisen, nicht aber auch, daß die Person, auf deren Leben die Rente gestellt ist, noch am Leben ist (69). Weiter praktische konkursrechtliche Folgen a. a. O. 72—85, Verjährung a. a. O. 85 bis 87. — Über Beschaffenheit des Rentenkapitals und den Pensionsvertrag 105 bis 108.

b) Besonderes zum Verzuge des Schuldners 93 ff. Der Leibrentengläubiger ist im Verzugsfalle berechtigt, die Weiterleistung der Rente auch bezüglich der noch gar nicht fälligen Ziele abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn die Leistung der übrigen Rente für ihn infolge Verzugs kein Interesse mehr hat. Dies wird namentlich dann der Fall sein, wenn der Verzug auf Umständen beruht, welche dem Gläubiger begründete Zweifel bezüglich der Weiterleistung der Renten in der Zukunft verursachen, und er dadurch genötigt wurde, sich eine neue Leibrente zu verschaffen. — Dagegen paßt nicht der § 283, da er nur die Verurteilungen auf fällige Leistungen im Auge hat. Stets ausgeschlossen ist ein Rücktrittsrecht des Gläubigers. Er hat nur den Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

2. Vom Leibgedinge. **a)** Josef, Bemerkungen zum Vermögensübergabevertrag, BadNotZ. **05** 71 ff. Das Leibgedinge bezweckt die Versorgung der Übergeber. Das Besondere der Leibrente beim Leibgedinge ist, daß sie nach der Absicht der Vertragschließenden auf dem abgetretenen Grundstücke ruhen soll (§§ 1105, 1030 ff., 1090 ff.). § 873 findet Anwendung. Über Bestandteile des Leibgedinges 78. Anwendung der §§ 242, 243 a. a. O. 79.

b) Kellner, ebenda 160 ff., Leibgedings- und Übergabevertrag. Leibgedingsvertrag ist der Vertrag, wodurch der eine Teil sich dem anderen gegenüber verpflichtet, diesem oder einem Dritten Nutzungen und Leistungen, die zu dessen Unterhalt dienen sollen, auf Lebenszeit zu gewähren. Das Geschäft hat praktisches Interesse fast nur für die Landbau treibende Bevölkerung und kommt regelmäßig hier als antezepierte Erbteilung zwischen Eltern und Kindern vor. — Für die Form gelten die allgemeinen Bestimmungen des BGB. — Die Vorschrift des § 760 ist für bäuerliche Kreise ungeeignet. — Näheres s. a. a. O.

3. Kritische Bemerkungen zu Sepp, Leibrentenvertrag s. bei Jaeckel, GruchotsBeitr. **49** 412/3.

4. BayObLG. **5** 585 ff., insbesondere 595 über die Natur des Leibrentenvertrags als Rechtsgeschäft unter Lebenden nach §§ 328, 330, 331 BGB.

§ 761. Sepp: Zugleich mit dem schriftlichen Versprechen muß mündlich die Gegenleistung versprochen, oder, wenn die beiden Versprechen zeitlich auseinanderliegen, bei dem späteren auf das frühere wenigstens Bezug genommen werden. Die Vorschrift des § 761 genügt aber nur, wenn für den ganzen Vertrag keine andere Form aus anderen Gesichtspunkten vorgeschrieben ist (41 β).

Siebzehnter Titel. Spiel und Wette.

Vorbemerkung: Zum § 764 hat, wie immer, so auch im laufenden Berichtsjahre die Rechtsprechung reichhaltiges Material gezeitigt. Fast alle bekannten Streitfragen sind von neuem ausgiebig behandelt worden. Auch das Material zu den anderen Bestimmungen des Titels ist nicht unwesentlich. Die begrifflichen Unterschiede und Merkmale von Spiel und Wette sind von Elster und einer Reihe wichtiger Entscheidungen beleuchtet worden. In der Frage, ob und wieweit aus dem Wett- bzw. Spielauftrag geklagt werden kann, schwankt die Rechtsprechung in teilweiser Abweichung vom RG. (s. § 762 Ziff. 3a). Praktisch und theoretisch bedeutsam sind Silberschmidts Bemerkungen zum § 762 Abs. 2 (Ziff. 4).

Literatur: Elster, Über den Begriff und die systematische Stellung der Spielverträge, ABürgR. **26** 34—53. — Silberschmidt, Schuldanerkenntnisse bei Differenzgeschäften an Börsen, Holdheims MSchr. **05** 173 ff.

§ 762. 1. Natur, Begriff und Unterschied von Spiel und Wette. Vgl. JDR. **2** § 762 Ziff. 1, **3** Ziff. 1, 3.

a) *Elster, ABürgR. **26** 34 ff. und Handw. d. Staatswiss. VI 889 ff. Begriff und systematische Stellung der Spielverträge ergeben sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetze, sondern es ist der Wissenschaft überlassen, beides klarzulegen. Wegen der Eigenart der Spielverträge ist dies ohne Heranziehung wirtschaftlicher Gesichtspunkte und Betrachtungsweisen nicht möglich. Denn das Wesen der Spielverträge liegt in dem Mangel des Wirtschaftsernstes, der bei diesem Vertragsgenus — und nur bei diesem — vorliegt. Mit einer folgerichtig durchgeführten Begriffserklärung auf dieser Basis lösen sich die bisher jeder wichtigen Erfassung des Begriffs entgegenstehenden Schwierigkeiten, an denen die früheren Definitionen gescheitert sind. Eine Darlegung des gemeinsamen Begriffs statt der früheren Grenzregulierungen zwischen Spiel i. e. S. und Wette ist nicht nur theoretisch wichtig, sondern auch praktisch bedeutsam; denn alsdann erkennt man u. a., daß auch die sog. „Pseudoauslobungen" hierher gehören (Prozeß Hoensbroech-Dasbach). Der tiefgehende wirtschaftlich-rechtliche Unterschied zwischen den Spielverträgen einerseits und den übrigen Verträgen andererseits erfordert auch eine schärfere Sonderung im Systeme.

b) Begriffliches aus der Rechtsprechung. α. **RG.** JW. **05** 530 Nr. 10, R. **05** 564 Nr. 2268. Wette ist ein Vertrag, bei dem die Parteien zur Bekräftigung bestimmter widerstreitender Behauptungen sich gegenseitig verpflichten, daß dem, dessen Behauptung sich als richtig erweist, vom anderen eine bestimmte Leistung gemacht werden soll. Worin Nachteil und Vorteil bestehen, ist unerheblich. Er kann auch darin bestehen, daß sich der Verlierende verpflichtet, ein für ihn nachteiliges und für den anderen vorteilhaftes Geschäft einzugehen. Auch muß der Nachteil nicht für beide gleich sein. Auch das ist Wette, wenn nach widerstreitenden Behauptungen der eine Hundert und der andere Zehn einsetzt; oder auch, wenn nur der eine für den Verlustfall einen positiven Nachteil auf sich nimmt und der andere, wenn er verlieren sollte, nur damit bestraft wird, daß ihm der erhoffte Gewinn entgeht. — β. OLG. Marienwerder, PosMSchr. **05** 183—185. Das entscheidende Merkmal von Spiel und Wette gegenüber erlaubten Verträgen ist der Mangel eines ernsten sittlichen oder wirtschaftlichen Zweckes. Als besonderes weiteres Erfordernis muß beim Spiel- und Wettvertrag hinzukommen, daß die Gewinnabsicht oder der Zeitvertreib oder der Streit über die Wahrheit der Behauptung der alleinige Gegenstand des Vertrags sei und daß die Parteien irgendeinen anders gearteten Erfolg in keiner Weise bezweckt haben. — Der Wettcharakter wurde verneint in folgendem Falle: nach der Uebereinkunft der Parteien sollte für den Fall, daß die Ernte für den Beklagten einen geringeren Ertrag als 6 Ztr. auf den Morgen ergeben würde, der Kläger (Sach-

verständiger einer Hagelversicherungsgesellschaft) dem Beklagten den fehlenden Ertrag ersetzen, umgekehrt aber bei einer Ernte von mehr als 6 Ztr. der Beklagte dem Kläger den Mehrertrag vergüten. Der wirtschaftliche Zweck wurde bejaht und ferner betont: wenn aber objektiv nach dem Inhalt des Vertrags die Annahme, daß es sich um einen Spiel- oder Wettvertrag handle, nicht gerechtfertigt erscheint, so ist damit gleichwohl noch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß die Parteien in subjektiver Beziehung den aus dem Inhalte des Vertrags zu entnehmenden wirtschaftlichen Erfolg tatsächlich gar nicht bezweckt haben, daß sie vielmehr lediglich haben spielen oder wetten wollen.

c) BayObLG., SeuffA. 60 267 ff. In den §§ 761, 764 handelt es sich um einen Grundsatz, dessen Festhaltung die deutsche Gesetzgebung in öffentlichem Interesse für geboten erachtet (Art. 30 EGBGB.).

2. Über den Fall Dasbach-Hoensbroech und das Urteil des OLG. Köln s. o. § 657 Ziff. 2.

3. Geschäfte zum Zwecke des Spielens und mit Spielinhalt. S. JDR. 2 zu § 762 Ziff. 2, 3 Ziff. 4 ff.

a) Auftrag. S. JDR. 1 zu I Ziff. 1, zu II Ziff. 1, 3, JDR 2 Ziff. 2a, s. auch 3 Ziff. 4a. — α. OLG. 10 187, SeuffA. 60 141 ff. (Hamburg) wendet sich gegen RG. 51 156 (JDR. 1 zu § 762 Note II 1). Über eine Klaglosigkeit von Ansprüchen aus Aufträgen zum Spielen bestimmt das Gesetz nichts. Mag immerhin auch dann der Rechtsschutz zu versagen sein, wenn es sich darum handelt, daß jemand einen anderen beauftragt, für ihn zu spielen, daß der andere den Auftrag nicht ausgeführt hat und der Auftraggeber sein Interesse an der Ausführung des Auftrags geltend machen will. Nicht aber kann das gleiche auch dann gelten, wenn der Beauftragte auftragsgemäß zum Spielen Geld verauslagt hat und dieses zurückerstattet haben will. Das Interesse des Auftraggebers wäre dem des Spielers immerhin gleichartig. Das Interesse des Beauftragten ist durchaus andersartig. — Im folgenden Bekämpfung des vom RG. verwendeten gesetzgeberischen und wirtschaftlichen Motivs an der Hand der Entstehungsgeschichte. — β. Auch OLG. Kiel, SchlHolstAnz. 05 278 ff., wendet sich gegen das RG. 51 156. Mag auch demjenigen, der auf Borg spielt, kein klagbarer Anspruch auf Ausführung des Auftrags oder Dienstvertrags zustehen; — der Dienstverpflichtete hingegen, welcher die Wetteinsätze auslegt, spielt keineswegs auf Borg; für ihn handelt es sich zunächst um nichts anderes als um einen gewöhnlichen Dienstvertrag; sein rechtlicher Wille enthält kein aleatorisches Moment und hat daher mit dem Prinzip des § 762 nichts zu tun. Es ist aber unstatthaft, der rechtlichen Beurteilung eines Geschäfts in seinen Wirkungen für die eine Seite nur die auf der anderen gegebenen Momente zugrunde zu legen. Die bloße abstrakte Möglichkeit der Verwendung einer Rechtsform in fraudem legis kann daran nichts ändern. — Anders wenn wirklich nur ein Umgehungsgeschäft oder § 138 vorliegt. — γ. OLG. Dresden, SächsA. 15 626/7. Der Gesetzgeber ist sich der Gefahren bewußt gewesen, die das unbare Spielen mit sich bringt, indem der Spieler leichter geneigt ist, größere Summen zu wagen, wenn ihm die Einsätze kreditiert werden, und hat aus diesen Gründen den Ansprüchen aus dem Spielvertrage den gesetzlichen Schutz versagt. (Klage auf Erstattung ausgelegter Wetteinsätze abgewiesen.)

b) Darlehn. S. JDR. 2 § 762 Ziff. 2, insbs. zu d, 3 Ziff. 4a. — OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 288. Die Klagbarkeit eines Darlehns zu Spielzwecken sollte von den jedesmaligen Umständen des einzelnen Falles abhängig sein und es dabei namentlich einer Prüfung bedürfen, ob die Hingabe in concreto gegen die guten Sitten verstoße. (Verneint in bezug auf ein Darlehen zum Zwecke der Beteiligung bei erlaubten öffentlichen Wettrennen.)

c) Schmidt-Ernsthausen, Holdheims MSchr. 05 133/4. Ein Kassengeschäft, welches unter Ausschluß der Effektivlieferung mit der Verabredung geschlossen wird, daß der Käufer es durch Gegengeschäft mit dem Verkäufer an einem späteren Tage zum Tageskurse abzuwickeln berechtigt sei, ist kein Differenzgeschäft, sondern Spiel. Dies könnte auch für Zeitgeschäfte angenommen werden. Doch ist folgender Unterschied zu beachten. Wesentlich für die Annahme des Spieles ist die Vereinbarung, daß das Geschäft nicht durch Effektivlieferung, sondern durch Gegengeschäft abgewickelt wird, während ein Zeitgeschäft schon dann ein Differenzgeschäft sein kann, wenn nur die Absicht auf Differenzausgleichung gerichtet war, ja sogar, wenn diese Absicht auch nur einer Partei erkennbar beiwohnte. Wer behauptet, ein Geschäft sei Spiel, muß beweisen, daß beim Vertragsschluß Einverständnis über die Abwickelung durch Gegengeschäft unter Ausschluß der Lieferung und Abnahme bestanden habe. Diese Art der Lösung des Engagements muß zum Vertragsinhalt gehören.

4. Abs. 2. *Silberschmidt. Wenn der Schuldner den Differenzeinwand geltend macht und ein Dritter in Kenntnis des Umstandes, daß eine Verbindlichkeit nicht besteht, trotzdem verspricht, den Betrag, welcher ohne den Differenzeinwand geschuldet würde, zu bezahlen, so ist dieses Versprechen, wenn es schriftlich abgegeben ist, gültig. Rechtsgrund ist das abstrakte Schuldversprechen (§§ 780 und 781); dasselbe ist völlig unabhängig von der dem Differenzeinwand unterliegenden Forderung, ein Fall der ungerechtfertigten Bereicherung liegt auch nicht vor. § 762 Abs. 2 steht nicht entgegen.

§ 763. *Jeß, DJZ. 05 491 f. Eine Anwendung des § 134 BGB. auf Grund landesrechtlicher, gegen das Spielen in auswärtigen Lotterien gerichteter Strafvorschriften wird durch die Sondervorschrift des § 763 BGB., wo diese zutrifft, ausgeschlossen, und zwar nicht nur für die Lotterieverträge im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern auch für andere mit einer Lotterie im Zusammenhang stehende Verträge, insbesondere für die Weiterveräußerung des vom Lotterieunternehmer erworbenen Loses und den Auftrag zum Absetzen von Losen.

§ 764. I. Aus der Rechtsprechung. Vgl. JDR. 2 u. 3 zu § 764.

1. RG. JW. 06 14, Holdheims MSchr. 06 45, DJZ. 06 83, BankA. 5 85, hält in der Frage der Anwendbarkeit des Spieleinwandes auf Kassageschäfte (vgl. insbes. JDR. 2 Ziff. 2 u. 3 Ziff. 2b) an seiner Rechtsprechung fest: daß auch in Form des Kassageschäfts gespielt werden kann. Der Begriff des Spieles fordere nur, daß die Geschäfte (Kauf-, Verkauf-, Lieferungsgeschäfte in Waren oder Wertpapieren) in Wahrheit nicht als solche gewollt, sondern nur in der Absicht und zum Zwecke des Spieles geschlossen seien, d. h. daß der eine oder andere Kontrahent gewinnen oder verlieren solle. Vgl. hierzu BankA. 6 94: Die Kassaspekulation in Bergwerks- und Industriewerten vor dem Reichsgerichte. Die Frage, ob ein Kassageschäft als Spielgeschäft anzusehen ist, wird vom RG. unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles entschieden. In der erwähnten Entscheidung wurde festgestellt, daß kein Stück wirklich geliefert oder abgenommen, sondern stets nur das Effektenkonto buchmäßig belastet oder erkannt sei, die Engagements seien im Wege des Lombardgeschäfts auf den nächsten Monat geschoben und durch Kompensation mit Gegengeschäften abgewickelt worden. — Ist dagegen festgestellt, daß der Bankier die gekauften Wertpapiere in Verwahrung nahm, Dividenden einkassierte, Bezugsrechte geltend machte und die Wertpapiere dann zu der von dem Kunden bestimmten Zeit in dessen Auftrag wieder verkaufte, so genügen auch die sogenannten Anzeichen für das Bestehen der Spielabsicht nicht, um den Geschäften den Charakter wirklicher Kauf- und Verkaufsgeschäfte zu

rauben (JW. 05 187, Holdheims MSchr. 05 194, BankA. 4 107). Ein solches ernsthaftes Kassageschäft erhält auch durch die vereinbarte einstweilige Stundung des Kaufpreises noch nicht den Charakter eines Spielgeschäfts (RG. 59, 123, JW. 05 186). Hieran wird auch durch die Vereinbarung einer Provision für die Kreditgewährung durch Prolongation der Geschäfte nichts geändert (KG., BankA. 5 84). Auch die Genehmigung der Ausführung des auf ein Kassageschäft gerichteten Auftrags in Form eines sog. Kassakontogeschäfts macht das Geschäft nicht zu einem Spielgeschäft (Holdheims MSchr. 05 238, BankA. 5 12).

2. **RG. 59** 323, JW. 05 186 (vgl. schon JDR. 3 Ziff. 2c). Hinsichtlich der Großkassageschäfte in Montanpapieren, die zu usancemäßigen Beträgen von M. 15 000 und einem Vielfachen hiervon außerhalb des Einheitskurses im freien Verkehr abgeschlossen werden, urteilt das RG., daß diese Geschäfte als Kassageschäfte anzusehen seien. Anders verhalte es sich mit den sog. Kontogeschäften, die in Wahrheit Termingeschäfte seien.

3. **a) RG. 59** 194 hält in der Frage des Anerkenntnisses des Passivsaldos einer Kontokurrentrechnung, die sowohl gültige wie ungültige Börsengeschäfte umfaßt, an seiner Ansicht von der verhältnismäßigen Aufrechnung fest. Danach ist durch die mit dem Saldoanerkenntnis verbundene Aufrechnung jeder einzelne Passivposten der Kontokurrentrechnung zu einem Bruchteile getilgt, dessen Nenner der Gesamtbetrag der Passivposten und dessen Zähler der Gesamtbetrag der Aktivposten ist (vgl. Hagens, Ein Beitrag zum BörsG., DJZ. 05 109, Müller, BankA. 3 88).

b) RG. JW. 05 187, Holdheims MSchr. 05 194, BankA. 4 107. Beginnt die Kontokurrentrechnung, die dem anerkannten Saldo zugrunde liegt, ihrerseits wieder mit einem Schuldsaldo, so ist auch für diesen Saldo aus der früheren Periode die gleiche Ermittelung anzustellen, und es ist hiermit unter Umständen bis zum Beginn der Geschäftsverbindung fortzufahren.

c) Die Auffassung des RG. wird in der Literatur vielfach bekämpft.

α. Danz, Der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte und die Auslegung, BankA. 4 147, bestreitet, daß die reichsgerichtliche Anschauung sich mit der verkehrsüblichen Bedeutung des Aufrechnungsvertrags decke. Würde aber auch die Auffassung des RG. richtig sein, so würde demjenigen, demgegenüber die verhältnismäßige Aufrechnung geltend gemacht werde, die Anfechtung des Saldoanerkenntnisses aus § 119 Abs. 1 BGB. wegen Irrtums über den Inhalt des Vertrags zustehen (vgl. BankA. 4 77).

β. Weißbart, Die verhältnismäßige Verrechnung der Schulden aus ungültigen Börsentermingeschäften im Kontokorrent, JW. 05 311, führt aus, daß der Kunde, der die verhältnismäßige Verrechnung in Anspruch nehme, keine Forderung aus dem Verkauf der Papiere zur Aufrechnung voll in Anspruch nehme, während er die Forderung des Bankiers aus dem Ankaufe derselben Papiere nur zu einem verhältnismäßigen Betrage tilge. Diesem Gebaren könne eine replicatio doli entgegengesetzt werden, die Weißbart die Replik der nicht erfolgten Lieferung der Wertpapiere nennt.

γ. Heilbrunn, Die verhältnismäßige Aufrechnung bei ungültigen Börsentermingeschäften im Kontokorrent, Holdheims MSchr. 05 228, führt gegenüber der Argumentation von Trumpler, GoldschmidtsZ. 50 488 ff., aus, die Saldofeststellung bestehe nicht aus zwei selbständigen, voneinander rechtlich unabhängigen Geschäften, Aufrechnung und Anerkenntnis, sondern stelle einen einheitlichen novatorischen Akt dar (m. a. W. das Ergebnis der Aufrechnung ist Gegenstand des Anerkenntnisses und daher Bestandteil dieses Vertrags). Es sei also mit Staub, Exkurs zu § 376 Anm. 15, die Ungültigkeit der gesamten Saldofeststellung anzunehmen.

4. RG. JW. 05 401, BankA. 4 156. (S. a. JDR. 3 Ziff. 2 d.) Ein Schiedsvertrag als Bestandteil der allgemeinen Geschäftsbedingungen für den Kontokorrentverkehr stellt nicht einen selbständigen Vertrag dar, sondern ist Bestandteil der demnächst abgeschlossenen Geschäfte (RG. 58 155). Wenn der Beklagte nach Verwerfung seines Einwandes der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts vor diesem zur Sache weiter verhandelt, so liegt darin kein stillschweigender Verzicht, den Einwand später vor dem ordentlichen Gericht vorzubringen.

5. BayObLG. BankA. 4 191. (S. auch JDR. 3 Ziff. 2 e.) Der inländische Richter darf nicht auf Zahlung einer aus Differenzgeschäften entstandenen Schuld erkennen, auch wenn diese Geschäfte nach dem ausländischen Rechte klagbar wären, weil nach Art. 30 EGBGB. die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn sie gegen den Zweck des deutschen Gesetzes verstoßen würde.

II. Aus der Literatur. 1. Über Silberschmidt, Schuldanerkenntnisse bei Differenzgeschäften an Börsen, Holdheims MSchr. 05 173, s. o. zu § 762 Ziff. 4.

2. Bernstein, Die Geschäftsbedingungen der Bankiers und ihre rechtliche Behandlung, BankA. 4 166.

3. Schmidt-Ernsthausen, Der Registereinwand vor dem Strafrichter, BankA. 4 161; dagegen von Liszt, BankA. 5 73.

Achtzehnter Titel. Bürgschaft.

Vorbemerkung: So unergiebig sich in der Berichtsperiode die Literatur für das Bürgschaftsrecht erwiesen hat — an fundamentalen Erörterungen fehlt es diesmal, sogar zu den §§ 774 und 778, so gut wie gänzlich — so reichhaltig und bedeutsam ist doch wieder das durch die Rechtsprechung zutage geförderte Material. Es sind eine Fülle früher noch nicht behandelter Streitfragen zur Entscheidung gelangt, sämtlich praktisch von bemerkenswerter Tragweite. Vor allem hinzuweisen ist hier auf § 765 Ziff. 2—6 und die die Formerfordernisse im einzelnen durchprüfenden Entscheidungen zu § 766, von denen die die Anwendung des § 133 auf den § 766 (Ziff. 2 a) und die das Verhältnis des § 130 zu § 766 (Ziff. 2 b) behandelnden besondere Beachtung verdienen. Zu § 767 findet sich Material zu der Frage der Erweiterung der Bürgschaft durch Stundung, zu § 768 zu der sehr wichtigen des Einflusses der Rechtskraft des zwischen dem Hauptschuldner und Gläubiger ergangenen Urteils auf das Bürgschaftsverhältnis. Die Sorgfaltpflicht des Gläubigers (§ 776 Ziff. 1) hat gleichfalls nach Wesen und Umfang von neuem sehr eingehende Erörterung gefunden. Aber auch die zu §§ 774 und 775 mitgeteilten Tatbestände sind von hervorragender praktischer Tragweite.

Literatur: Marcus, Die Bürgschaftsurkunden des BGB., KGBl. 05 101 ff. — Pagenstecher, Wie wirkt das zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangene Urteil auf den Bürgen? BayRpflZ. 05 329 ff.

§ 765. 1. Leistungsort, insbes. bei Verschiedenheit des örtlichen Rechtes bei einer Rückbürgschaft. S. JDR. 1 § 765 Ziff. 2, 2 Ziff. 3, 3 Ziff. 3. — RG. JW. 05 713 ff. Nr. 1, DJZ. 05 1170/1, über die Frage, welches Recht anzuwenden sei auf die Verbindlichkeit aus einer Rückbürgschaft, wenn der Rückbürge in Deutschland, die übrigen Beteiligten in Luxemburg wohnen. Sowohl der Erfüllungsort (§ 269 Abs. 1) als auch das Personalstatut führen zur Anwendung des deutschen Rechtes.

2. Wechselbürgschaft. Vgl. auch JDR. 3 Ziff. 1 β zu γγ u. zu § 766 Ziff. 3. a) OLG. Cöln, PuchelsZ. 05 159 ff. Die wechselrechtliche Bürgschaft ist nicht zugleich eine zivilrechtliche, sondern vielmehr eine selbständige wechselrechtliche Verbindlichkeit (ROHG. 25 29, RG. 40 58, 48 155). Es wird auch nicht vermutet, daß mit der wechselrechtlichen zugleich eine zivilrechtliche Bürgschaft gewollt sei.

Auch ist durch die bloße Unterzeichnung des Wechsels nicht der Formvorschrift des § 766 genügt. — b) OLG. Marienwerder, R. 05 431 Nr. 1744. Die bloße Mitunterschrift eines Wechsels begründet keine zivilrechtliche Bürgschaft. Selbst wenn der Geber des Gefälligkeitsakzepts dem eigentlichen Wechselschuldner gegenüber erklärt hatte, daß er für die Erfüllung der Verbindlichkeit einstehen wolle, würde dadurch eine zivilrechtliche Bürgschaft nicht zustande gekommen sein, da der Bürgschaftsvertrag zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger abgeschlossen werden muß; — § 775 findet daher keine Anwendung zugunsten dessen, der seine Wechselunterschrift dem Schuldner gegeben hat, um ihm Kredit zu verschaffen.

3. Garantievertrag und Schadlosbürgschaft. — a) RG. R. 05 500 Nr. 1933. Das Einstehen für einen bestimmten Erfolg enthält eine selbständige Haftungsübernahme, somit einen Garantievertrag, der wegen seiner Selbständigkeit unter die allgemeinen Grundsätze über Verträge fällt und der Schriftform nicht unterworfen ist. — b) LG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 29 ff. Von einem Garantievertrage kann man nur sprechen, wenn jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird, daß ihm aus einer vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde Die Übernahme einer Verpflichtung, für den Ausfall zu haften, welchen der Gläubiger an der gegen einen Dritten bestehenden Forderung (übernommene Hypotheken!) erleiden werde, ist als eine Schadlosbürgschaft anzusehen. Sie ist einmal Akzession der Hauptschuld wie jede Bürgschaft, und zweitens ist ihre Subsidiarität Vertragsbedingung. S. auch o. zu § 399 Ziff. 3.

4. Rückbürgschaft. RG. PosMSchr. 05 84 ff., FrankfRundsch. 05 56 ff., BayRpflZ. 05 323, R. 05 528 Nr. 2085 — s. u. zu § 769. Für die Rückbürgschaft gelten die allgemeinen Vorschriften der Bürgschaft (Mot. II 676).

5. Kreditbürgschaft. Über das Wesen der Kreditbürgschaft s. RG. PosMSchr. 05 85, u. zu § 769.

6. Über die Übertragbarkeit des Rechtes aus der Bürgschaft ohne die Hauptforderung s. LG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 29 ff., o. zu § 399 Ziff. 3.

7. OLG. 11 364/5 (Naumburg). Will ein Dritter im Zwangsvergleichsvorschlage auch zugunsten der bevorrechtigten Gläubiger Bürgschaft übernehmen, so stellt dies eine außerhalb des Konkursverfahrens liegende selbständige und besondere, den §§ 145 ff. unterstehende Vertragsofferte dar. Die bevorrechtigten Gläubiger werden durch die nicht bevorrechtigten keinesfalls vertreten. Die Möglichkeit, den Antrag anzunehmen, besteht äußerstenfalls nur bis zur Annahme des Zwangsvergleichsvorschlags in der Gläubigerversammlung.

§ 766. 1. Die Bürgschaftsurkunde. Marcus, KGBl. 05 101 ff. a) Da das Bürgschaftsinstitut des BGB. auf dem der gemeinrechtlichen fideiussio fußt, danach die Bürgschaftsschuld grundsätzlich auf das idem der Hauptschuld geht, so muß die Schrifturkunde über die Bürgschaft diese Identität der Bürgschaftsschuld mit der Hauptschuld nach deren causa, als deren Individualisierungsmoment, erkennen lassen, sofern nicht die Verbindlichkeit des Dritten, für die der Bürge einzustehen sich verpflichtet, gerade eine abstrakte, kausalose ist. — Die Bürgschaftserklärung ist nur dann gültig in Schriftform erteilt, wenn sie erkennen läßt, daß für die Schuld eines anderen eingestanden werden soll und wenn die Schuld, für welche gebürgt werden soll, angegeben ist. — b) Es ist als unbedenklich zulässig zu erachten, daß der Bürgschaftspromittent eine Urkunde herstellt und solche dem Interessenten aushändigt behufs Weitergabe an den künftig gewonnenen Gläubiger. Mit Annahme der Urkunde seitens des letzteren wird die Bürgschaft perfekt. — Zweifelhaft erscheint, ob die vom RG. 57 68 für gültig erklärte Blankettbürgschaftsurkunde mit dem besonderen Gesetzgebermotiv des § 766 ganz im Einklange steht. Jedenfalls darf der Urkundeninhalt nicht dahin

verflüchtigt werden, daß er nicht aus dem Bürgschaftsschein oder dessen Anlage direkt sich ergeben müßte. Eine Bezugnahme auf anderweitige, im Schriftstücke lediglich als vorhanden erwähnte Erklärungen über den Verbürgungswillen ist unzulässig. — c) Eine zivilrechtliche Bürgschaft, als sog. verschleierte, kommt nicht in Gestalt der Übernahme einer Wechselverbindlichkeit zustande. Hierdurch entfällt freilich die Haftung aus der Wechselverbindlichkeit nicht; aus der Formlosigkeit des dem Wechselzuge zugrunde liegenden Bürgschaftsversprechens erwächst keine Einrede gegen die Wechselschuld.

2. Erfordernisse. S. IDR. **1** § 766 Abs. 5, 6, **2** Ziff. 1, **3** Ziff. 1.

a) § 133 und § 766. — α. **RG. 59** 217 ff., IW. **05** 47 Ziff. 15, BadRpr. **05** 149/150, R. **05** 107 Nr. 415, 528 Nr. 2086 — hierdurch aufgehoben OLG. Karlsruhe, IDR. **2** § 766 Ziff. 1 b. Trotz der für die Urkunde geltenden Erfordernisse, wonach dasjenige, was den Inhalt der Bürgschaftserklärung bildet, wenigstens in seinem wesentlichen Teile in der Urkunde selbst enthalten sein muß, insbes. auch die Angabe der Schuld, für welche gebürgt werden soll (**RG. 57** 260 ff., s. IDR. **3** § 766 Ziff. 1 a), gelten doch auch für die Bürgschaft sowohl wie für die Willenserklärungen aus §§ 126, 127 die Grundsätze des § 133. Es ist dabei auch keineswegs ausgeschlossen, daß zur Ermittelung dieses Willens außerhalb der auszulegenden urkundlichen Erklärungen liegende Umstände herangezogen und berücksichtigt werden. Nur muß in den gebrauchten Worten der Ausdruck dessen, was als der Wille des Erklärenden ermittelt wird, überhaupt gefunden werden können. — (Als ausreichend wurde — gegen das OLG. Karlsruhe — angesehen, daß der Bürge erklärte, „er verbürge die obige Darlehnsschuld", indem die Bürgschaftsurkunde insoweit auf den auf demselben Blatte unmittelbar voranstehenden Schuldschein des Hauptschuldners verwies). — β. Ebenso **RG.** SeuffA. **60** 433/4, IW. **05** 336 Nr. 3, DIZ. **05** 601/2, wo aber betont wird: Gleichwohl hat die Abweichung vom buchstäblichen Sinne ihre Grenzen. Besteht ein Widerspruch zwischen dem wirklichen Willen und dem Inhalte der Erklärung, so darf insoweit der unausgesprochene Wille nicht als erklärt gelten. Die Vereinbarung des ermittelten Willens mit der Erklärung, das Erfordernis also, daß der wirkliche Wille in der Erklärung seinen, wenn auch noch so unvollkommenen, Ausdruck gefunden hat, bildet hiernach die Schranke, welche durch die Auslegung nicht überschritten werden darf. Haben die Bürgen in der Urkunde erklärt, ihre Bürgschaft gelte nur für einen Höchstbetrag von 28 000 M., so ist es grundsätzlich unzulässig, in diese Erklärung durch Auslegung den Sinn hineinzulegen, sie gelte darüber hinaus für jeden höheren Betrag der Schuld. Vereinbarungen neben der schriftlichen Erklärung, die auf eine derartige unbeschränkte Bürgschaftsübernahme hinauslaufen, bilden selbständige Erklärungen, die gemäß §§ 766 Satz 1, 125 Satz 1 nichtig sein würden. — γ. OLG. Stuttgart, R. **05** 194 Nr. 836. Es ist nicht notwendig, daß die Erklärung, Bürge sein zu wollen, für jeden Dritten ohne weiteres aus der urkundlichen Erklärung entnommen werden kann; genügend ist, wenn eine schriftliche Erklärung vorliegt, welche nach einer aus den begleitenden Umständen sich ergebenden Auslegung als eine Bürgschaftserklärung festgestellt werden kann, sofern nur weiterhin aus der urkundlichen Erklärung ersichtlich ist, für welche Hauptschuld die Bürgschaft übernommen werden soll.

b) Wann ist die Erklärung erteilt? — **RG.** PucheltsZ. **05** 705 ff., DIZ. **05** 1169, IW. **05** 715/6 Nr. 3, R. **05** 680 Nr. 2822. Schriftlich erteilt ist die Erklärung keinesfalls schon mit der Unterzeichnung des sie enthaltenden Schriftstücks. Die Herstellung dieses Schriftstücks ist bloße Vorbereitung der Erklärung, sie hat rechtlich keine größere Tragweite als die vorgängige Niederschrift einer mündlich abzugebenden Erklärung. Abgegeben wird die schriftliche

Erklärung erst durch die Überreichung an den anwesenden oder die Zusendung an den abwesenden Gläubiger. Wirksam wird sie erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Gläubiger im Sinne des § 130 zugeht. Der § 130 ist auch auf Erklärungen unter Anwesenden anwendbar. — (Die Voraussetzungen des § 130 sind in dem betr. Falle verneint. In dem Augenblick, als die Klägerin im Begriffe stand, den Bürgschaftsschein dem Vertreter des Beklagten zu übergeben, erschoß sich im Nebenzimmer ihr Ehemann; in der Bestürzung entfernte sich der Vertreter, ohne den auf dem Tische liegen gebliebenen Schein an sich zu nehmen.) — S. im übrigen o. zu § 130 Ziff. II 3 a.

c) Besonderes von den Nebenabreden. Vgl. IDR. 3 § 766 Ziff. 1 d. **RG. 59** 13/4, BadRpr. **05** 181 ff. Der § 766 erfordert die Schriftform nur für die Bürgschaftserklärung, die der Bürge dem Gläubiger abgibt, wobei dahingestellt bleiben kann, ob sich das Erfordernis auch auf Nebenumstände (Erfüllungsort und Erfüllungszeit) bezieht. Wenn sich aber der Bürge dem Schuldner gegenüber mit dem Hinausschieben der Fälligkeitstermine einverstanden erklärt, und etwa auf das Recht, Befreiung von der Bürgschaft zu verlangen, verzichtet, wird die Bürgschaftserklärung in keiner Weise berührt, sondern allein das zwischen Schuldner und Bürge bestehende Auftragsverhältnis, für dessen Begründung und Abänderung es keiner Schriftform bedarf. — Hierdurch aufgehoben OLG. Karlsruhe, BadRpr. **04** 303. S. diese Entsch. auch u. § 775 Ziff. 1, 3.

d) Bürgschaftsurkunde als Vertragsinstrument. LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 13. Die Bürgschaftsurkunde ist nicht nur ein Beweismittel für einen etwa vorher mündlich unter den Parteien gültig abgeschlossenen Vertrag, sondern ist das Vertragsinstrument selbst. Der Inhalt des Vertrags ist ausschließlich aus dem schriftlichen Vertrage zu entnehmen. Mündliche, an sich unwirksame Vorberedungen zu formalisierten Verträgen sind nur insoweit von Bedeutung, als aus den Abweichungen solcher Vereinbarungen vom nachfolgenden Vertrage u. U. auf einen Willensmangel bei Abschluß des formalisierten Vertrags geschlossen werden könnte.

3. Bürgschaft durch Mitunterzeichnung eines Wechsels. OLG. Cöln, PucheltsZ. **05** 159 ff. — s. o. zu § 765 Ziff. 2. Durch die Unterzeichnung des Wechsels als Wechselbürge wird dem § 766 nicht genügt.

4. Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme. **a**) S. hierzu IDR **1** zu § 414 Ziff. 4, § 766 Abs. 4, IDR. **2** zu § 414 Ziff. 4, § 766 Ziff. 3, IDR. **3** § 414 Ziff. 2 u. oben zu § 414 Ziff. 1. — **b**) BayObLG., SeuffBl. **05** 448 — s. schon IDR. **2** § 765 Ziff. 3 b.

§ 767. Erweiterung durch Stundung. Vgl. IDR. 2 § 767 Ziff. 2 b. — **RG. 59** 223 ff., insbes. 228/29, R. **05** 251 Nr. 1131. Der § 767 Abs. 1 ist auch auf einen nachträglich zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner abgeschlossenen Stundungsvertrag zu beziehen; dieser kommt zwar von selbst dem Bürgen zustatten (**RG. 56** 310), ist aber, wenn der Bürge mit der Stundung nicht einverstanden ist, nicht ohne weiteres gegen diesen rechtswirksam. Indes gilt dies nur insoweit, als durch die Stundung die Verpflichtungen des Schuldners gegenüber demjenigen Vertrage, für dessen Erfüllung die Bürgschaft geleistet wurde, erweitert werden, also die Lage des Bürgen verschlechtert, oder der Inhalt der ihm nach dem Bürgschaftsvertrage obliegenden Pflichten zu seinem Nachteile geändert werden würde, wenn ihm die Erfüllung des Vertrags, wie dieser sich durch die Stundung gestaltet hat, angesonnen würde. Dagegen darf der Bürge die Haftung für Leistungen, zu denen der Hauptschuldner auch nach dem von der Bürgschaft umfaßten Vertrage oder infolge von Verzug oder Verschuldung verpflichtet gewesen wäre, nicht allein deshalb ablehnen, weil diese Verpflichtungen zum Gegenstande eines nachträchlich zwischen dem Gläubiger und

dem Hauptschuldner geschlossenen Vertrags gemacht worden sind, und infolgedessen die Leistungen nunmehr von dem Hauptschuldner aus diesem späteren Vertrage geschuldet werden.

§ 768. Einwirkung des zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangenen Urteils auf die Bürgschaft.

a) *Pagenstecher. Die Rechtskraft des zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangenen Urteils erstreckt sich nicht auf den Bürgen (ebenso **RG. 56** 111 [s. IDR **3** § 768 Ziff. 2]; abweichend Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft 426 ff., 509; Seuffert § 325 Bem. 1a). Wird die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner rechtskräftig abgewiesen, so erlischt hierdurch die Hauptforderung, im Falle sie bis dahin bestanden hat. Verklagt nun der Gläubiger den Bürgen, so kann sich dieser auf das rechtskräftige Urteil ebenso berufen, wie er geltend machen könnte, der Gläubiger habe durch Vertrag mit dem Hauptschuldner anerkannt, „daß das Schuldverhältnis nicht bestehe" (vgl. §§ 397 Abs. 2, 767 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Hieraus folgt aber nicht, daß sich in diesem Falle die Rechtskraft des gegen den Hauptschuldner ergangenen Urteils auf den Bürgen erstrecke (so Wach, Zur Lehre von der Rechtskraft 10, 24, 70). Es handelt sich hier lediglich um eine sog. Reflexwirkung des rechtskräftigen Urteils.

b) OLG. Dresden, SächsA. **15** 101 ff., R. **05** 224 Nr. 987. Aus dem § 768 allein läßt sich die Entscheidung, ob der Bürge die in dem Prozesse zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangene Feststellung anzuerkennen habe, nicht gewinnen, da der § 768 mit den „zustehenden Einreden" offenbar gar nicht eine Entscheidung in der angegebenen Richtung treffen, sondern nur im allgemeinen zum Ausdrucke bringen will, daß der Bürge sich der Einreden des Hauptschuldners solle bedienen dürfen. Wenn auch fraglich ist, ob insbesondere der § 425 ohne weiteres auf das Verhältnis des Bürgen und Hauptschuldners anzuwenden sei, so enthält doch jedenfalls das BGB. keine abweichende Bestimmung für den Fall der Bürgschaft. Bei der Gleichartigkeit der Verhältnisse liegt die Annahme nahe, daß das Gesetz auch die Frage der Wirksamkeit eines wider den Hauptschuldner ergangenen Urteils gegenüber dem Bürgen gemäß § 425 beantwortet wissen will. Dies umsomehr, als für den der Bürgschaft wirtschaftlich sehr nahestehenden Fall der kumulativen Schuldübernahme die Anwendbarkeit des § 425 ohne weiteres geboten erscheint. Dazu kommt noch die Bestimmung des § 768 Abs. 2 sowie der Umstand, daß den eigentlichen Gegenstand der Entscheidung im Rechtsstreite wider den Bürgen die Frage bildet, ob die Bürgschaftsverpflichtung erloschen sei. Endlich bietet auch die ZPO. (§§ 325 ff.) keinen Anhalt für die Erstreckung eines die Einwendungen des Hauptschuldners zurückweisenden Urteils auf den Bürgen.

§ 769. **RG.** PosMSchr. **05** 85, FrankfRundsch. **05** 56 ff., BayRpflZ. **05** 323, R. **05** 471 Nr. 1848/9, 528 Nr. 2085. Mit der Erklärung, er werde den Gläubiger für die Hälfte des bei einem Bankhaus erhobenen Betrags schadlos halten, bestimmt der Bürge lediglich die Höchstgrenze des Betrags, für den er haften will, keineswegs aber bedingt er eine anteilsmäßige Haftung. Es entspricht dem Wesen der Kreditbürgschaft, daß der Bürge gegenüber einem dem Schuldner zu eröffnenden, dem Betrage nach unbestimmten und nur im Höchstmaße begrenzten Kredite seine Haftung auf eine bestimmte Summe zu beschränken sucht.

§ 771. **RG.** R. **05** 224 Nr. 988. Wo der Staat in der Stellung eines Bürgen miteintritt, kann mit der gegen den Beamten gerichteten Leistungsklage nicht zugleich der Anspruch auf Feststellung der eventuellen Haftung des Fiskus verbunden werden. Die gleichzeitige Inanspruchnahme des Staates neben dem Beamten ist nach § 771 verfrüht. Der Antrag auf Feststellung der even=

tuellen Haftpflicht des Fiskus ist als auf den Ausspruch eines Rechtssatzes abzielend unzulässig.

§ 774. 1. Zu Koban, Regreß des Bürgen — IDR. 2 § 774 Ziff. 1 — s. H. Meyer, IJBl. **05** 110/1, Kritische Bemerkungen. Nach Meyer ist es Sache des Hauptschuldners, den Bürgen auch ohne Aufforderung zu informieren; der Bürge darf eine fällige Schuld zu bezahlen als innerhalb seines Auftrags ansehen.

2. **RG. 59** 208, R. **05** 252 Nr. 1132. Aus §§ 1247 und 1225 ergibt sich die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 1 auf den Fall, wo der Gläubiger aus dem Erlöse des von einem Dritten bestellten Pfandes befriedigt wird.

3. Elsasser, BadNotZ. **05** 182 ff. Der Bürge, der zugunsten eines Hypothekengläubigers für die Zinsen der Hypothek gebürgt hatte und nach Inanspruchnahme aus der Bürgschaft wegen seiner Schadloshaltung einen vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner und Grundstückseigentümer erlangt hat, kann bei der Zwangsversteigerung nicht verlangen, daß die Hypothek, wegen deren Zinsen er den vollstreckbaren Titel hat, im geringsten Gebot unberücksichtigt bleibe.

4. Aus der Rechtsprechung.

a) **RG.** PosMSchr. **05** 85. Wer als Rückbürge einen anderen für alles, was dieser aus der Bürgschaftsübernahme zu zahlen hat und nicht von dem Hauptschuldner ersetzt erhält, schadlos zu halten hat, muß ihn auch dafür schadlos halten, daß er als Mitbürge von ihm, dem Rückbürgen, wegen dessen Ausgleichsanspruchs (§§ 773 Ziff. 3, 774, 426) belangt würde. Eine Partei kann aber nicht das verlangen, was sie selbst wieder aus einem anderen Grunde zurückzahlen müßte.

b) **RG.** R. **05** 312 Nr. 1445. Hat ein Bürge sich für einen Teil der Hauptschuld verbürgt, und nimmt der Gläubiger von dem Bürgen die Zahlung dieser Teilschuld „unter Vorbehalt seiner Rechte" an, so ist der Gläubiger sowohl nach § 774 Abs. 1 als nach Art. 1252 Code civil berechtigt, falls der Hauptschuldner in Konkurs gerät, der Anmeldung der betreffenden Regreßforderung des Bürgen als Konkursforderung zu widersprechen, auch wenn der Gemeinschuldner dem Bürgen über die Regreßforderung einen Schuldschein als Darlehn ausgestellt hat.

c) **RG.** IW. **05** 714/5 Nr. 1. In Abs. 1 ist nicht bestimmt, daß auf den zahlenden Bürgen auch der Anspruch auf diejenigen Zinsen übergehe, die der Gläubiger in Zukunft vom Hauptschuldner zu fordern haben würde, wenn er eben nicht befriedigt worden wäre; sondern nur soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, geht dessen Forderung auf ihn über.

d) **RG. 60** 191 ff. Selbstschuldnerische Bürgschaft für die von einer Firma bei einer Reichsbankstelle diskontierten Wechsel umfaßt nur die Verbürgung für diese Firma, den Übergang der Rechte aus den Wechseln auf den Bürgen mit der Aushändigung an ihn und damit auch die Rechte gegen den Akzeptanten aus einem geschlossenen Akkord.

§ 775. 1. Abs. 1 Ziff. 3 u. Abs. 2. **RG. 59** 10 ff. Es ist, wenn ein Auftragsverhältnis vorliegt, lediglich eine aus dem Zwecke der Bürgschaft sich erklärende Modifikation der aus §§ 670, 257 sich ergebenden Rechte des Beauftragten, daß er, wie § 775 vorschreibt, nur unter gewissen Voraussetzungen Befreiung von der Bürgschaft von seinem Auftraggeber fordern kann. Lediglich nach diesem Auftragsverhältnis ist daher zu beurteilen, ob dem Bürgen das Recht auf Befreiung dadurch entzogen werden kann, daß Schuldner und Gläubiger nach Übernahme der Bürgschaft die Hinausschiebung der Fälligkeitstermine vereinbaren. Ist ihm dieses Recht nach § 284 schon entstanden, so kann

es ihm durch Abmachung zwischen dritten Personen nicht genommen werden. — S. ferner u. Ziff. 3 und o. zu § 766 Ziff. 2c.

2. Zu Ziff. 3. Bendix, BayRpflZ. **05** 126. Der Ausschluß der Einrede ist nicht auf den Konkurszustand des Hauptschuldners abgestellt, sondern für den Fall verordnet, daß die Tatsache der Konkurseröffnung eingetreten ist. Auch die spätere Aufhebung des Konkurses vermag den einmal bewirkten Ausschluß nicht rückgängig zu machen. Doch die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 116 KO.) macht die mit der Konkurseröffnung eingetretenen Rechtsfolgen regelmäßig wieder rückgängig. In solchem Falle kann der Bürge die Einrede der Vorausklage mit Erfolg vorschützen, wenn nicht ein anderer Ausschließungsgrund (etwa § 773 Nr. 4) vorliegt.

3. Abs. 2. **RG. 59** 12/3 (s. auch o. Ziff. 1). Die Auffassung (Kremer, Mitbürgschaft 120 ff.), daß der Bürge, der vor Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit Sicherheitsleistung erlangt habe, nicht berechtigt sei, nach eingetretener Fälligkeit Befreiung von der Bürgschaft zu fordern, ist unzutreffend. Abs. 2 steht im engsten Zusammenhange mit Abs. 1. Daß die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig ist (Abs. 2), ist aber überhaupt nur in den unter Ziff. 1 u. 2 angeführten Fällen denkbar, da die Fälle 3 u. 4 den bereits erfolgten Eintritt der Fälligkeit voraussetzen. Es ist nicht abzusehen, warum in jenen Fällen dann, wenn der Schuldner Sicherheit geleistet hatte, der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit schlechter gestellt sein soll, als wenn ihm keine geleistet worden wäre. Denn das Recht auf Befreiung ist jedenfalls ein wertvolleres, als das auf Sicherheitsleistung, und die Sicherheit ist gerade dafür zu leisten, daß die Befreiung des Bürgen bewirkt werde, sobald die Hauptverbindlichkeit fällig geworden. Um so weniger kann in einem Falle des § 775 Abs. 1 Ziff. 3 der Abs. 2 eine Stütze für jene Ansicht bieten. — Dagegen ist es möglich, daß sich ein Verzicht auf das Recht, Befreiung von der Bürgschaft zu verlangen, aus den Umständen des Falles ergebe. — S. auch o. zu § 766 Ziff. 2c: Für solchen Verzicht wäre keine Schriftform notwendig.

4. **RG 60** 158 s. o. zu § 257 unter b.

5. § 775 keine Anwendung bei Wechselbürgschaft — s. o. zu § 765 Ziff. 2b (OLG. Marienwerder).

§ 776. 1. Sorgfaltpflicht des Gläubigers. S. JDR. **1** § 776 Abs. 2, **2** Abs. 3, **3** Ziff. 1. **a)** **RG. 59** 207 ff. Es ist Sache der konkreten Beurteilung, wie weit man dem Bürgen zumuten kann, Einwendungen, bei denen ihn die Beweislast treffen würde, im Interesse des Hauptschuldners dem Gläubiger gegenüber zur Geltung zu bringen; der Bürge, als Beauftragter, ist keineswegs berechtigt, in dieser Hinsicht nur sein eigenes Interesse und seine eigene Bequemlichkeit walten zu lassen, sondern es gilt, hier einen billigen Ausgleich zwischen den beiderseitigen Interessen zu finden. Es handelt sich dabei um die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Treu und Glauben und über Haftung für Verschulden in Vertragsverhältnissen (§§ 157, 242, 276 Abs. 1). Es ist im einzelnen Falle zu ermessen, wie sich der Bürge zu verhalten hat, von dem der Hauptschuldner unter Berufung auf ihm gegen den Gläubiger zustehende Einwendungen verlangt, daß er sich der Befriedigung des letzteren bis auf weiteres enthalte. Grundsätzlich steht der § 670 auf dem gleichen Standpunkte. (Frage, ob der Bürge oder dritte Verpfänder wegen einer dem Gläubiger gegenüber begründeten Einwendung aus Aufrechnung die Befriedigung des Gläubigers hätte unterlassen sollen; — s. auch o. zu §§ 387, 388 Ziff. 7.) — **b)** **RG.** JW. **05** 720 Nr. 11 (unter Aufhebung des Urteils des OLG. Hamburg). Wenn es üblich und geboten ist, daß ein ordentlicher Kaufmann Vorsichtsmaßregeln trifft, damit seine durch Pfand gesicherte Forderung durch Abhandenkommen oder Entwertung

des Pfandes nicht gefährdet werde, so hat er diese Verpflichtung auch gegenüber dem Bürgen für diese Forderung, jedenfalls dann, wenn der B. erst zu zahlen verbunden ist, nachdem der Gl. sich an das ihm bestellte Pfand gehalten hat. Es verstieße gegen Treu und Glauben, wenn der Gl. sich darauf, daß er die für einen ordentlichen Kaufmann gebotene Sorgfalt auch in eigenen Angelegenheiten nicht beobachte, dem B. gegenüber berufen wollte. Der B. hat ein erhebliches Interesse an der Erhaltung der Pfänder, er ist aber in der Regel nicht in der Lage, selbst eine Kontrolle über die nicht in seinem Gewahrsam, sondern in dem des Gl. oder eines von diesem beauftragten Dritten sich befindenden Pfänder auszuüben. Er darf daher erwarten, daß der Gl. so verfährt, wie man es von einem ordentlichen Kaufmann in seinem eigenen Interesse erwarten kann, und damit auch seine, des B., Interessen schützt. Arglistig aber würde der Gl. verfahren, wenn er in dem Gedanken, daß seine Forderung durch die Bürgschaft hinlänglich gesichert sei, jedwede Vorsichtsmaßregel zur Erhaltung der Pfänder unterlassen würde. — **c)** RG. JW. **05** 486 Nr. 3, BayRpflZ. **05** 390. Die Ansicht (des KG.), ein Mitbürge dürfe eine ihm selbst vom Schuldner bestellte besondere Sicherheit nicht einseitig aufheben, er müsse bei Verlust seines Regreßrechts dafür sorgen, daß, wenn er die Schuld dem Gläubiger zahle, und der andere Mitbürge ihm der gemeinschaftlichen Haftung entsprechend Ersatz leiste, er diesem auch alle Rechte gegen den Hauptschuldner zedieren könne, ist unzutreffend. Sowohl nach ALR., dessen §§ 331, 332 I. 14 eine analoge Ausdehnung auf einen derartigen Fall nicht vertragen, als auch nach BGB. §§ 774, 776, 426. Auch hier darf der Mitbürge an und für sich ihm persönlich bestellte Vorzugs- und Sicherheitsrechte aufgeben. Ein Bürge wird auch hier kraft Gesetzes nur dann und insoweit frei, als der Gläubiger durch Aufgabe eines solchen Rechtes den gesetzlichen Eintritt des Bürgen in dasselbe verhindert. Allerdings können diese Sätze nicht abstrakte Geltung beanspruchen. Ist konkret festzustellen, daß die Beteiligten gewollt haben, die bestellte Sicherungshypothek solle gleichmäßig zur Sicherung beider Parteien dienen, so würde dieser Wille maßgebend sein. — **d)** OLG. Dresden, SächsA. **15** 218 ff., R. **05** 369 Nr. 1660. Eine allgemeine Verpflichtung des Gläubigers, dem Hauptschuldner gegenüber außer seinen eigenen Rechten auch die Interessen des Bürgen zu wahren und insbesondere durch schleuniges Vorgehen dafür zu sorgen, daß diesem der Rückgriff an jenen gewahrt werde, ist dem BGB. fremd. Die Motive (Mugdan II 379) verweisen mit Recht insbesondere auf den § 774, durch den sich der Bürge helfen kann. Durch den Bürgschaftsvertrag werden zudem wohl Rechte, keineswegs jedoch Verpflichtungen für den Gläubiger begründet, weshalb auch § 276 Abs. 1 keine Anwendung findet.

2. BayObLG. **5** 568 ff. — Entscheidung zu Art. 2037 C. c. im Sinne des § 776 BGB. — S. auch PfälzRpr. **2** 10 ff., 20.

§ 778. 1. Gegen Förster — JDR. **2** § 778 Ziff. 1a — bemerkt Lotholz, JLBl. **05** 61. Die Parteien wollen normal Bürgschaft; es ist an dem gemischten Systeme festzuhalten. Der Kreditauftrag kann nicht als Garantievertrag angesehen werden.

2. Aus der Rechtsprechung. **a)** OLG. Dresden, SächsA. **15** 219 ff., R. **05** 369 Nr. 1659. Zum Wesen des Kreditauftrags gehört ein gültiges Auftragsverhältnis, das dem Auftraggeber gegen seinen Mitkontrahenten einen erzwingbaren Anspruch auf Kreditgewährung an den Dritten verleiht und den Beauftragten andererseits hierzu rechtlich verpflichtet. Kommt es dann in Ausführung des übernommenen Auftrags zur Gewährung von Kredit, so versteht es sich schließlich von selbst, daß der Auftraggeber seinem Vertragsgenossen für die nachteiligen Folgen einzustehen hat. Kein KA. liegt vor, sofern der erteilte

Auftrag nicht angenommen ist, der Beauftragte sich vielmehr trotz der Garantiezusage des Auftraggebers die Entschließung darüber, ob Kredit zu geben sei, nach seinem Ermessen vorbehält. Wenn er in einem solchen Falle dem Dritten hinterher dennoch Kredit gibt, so mag er das vielleicht zwar auch tun im Vertrauen auf die vom Auftraggeber geleistete Garantie; allein, dieses Garantieversprechen steht rechtlich wie wirtschaftlich auf durchaus gleicher Stufe mit der des Kreditbürgen und erfordert die Schriftform nach § 766. — **b)** OLG. Breslau, R. 05 472 Nr. 1850. Der Kreditauftraggeber wird aus dem formlosen Auftrag ebenso in Anspruch genommen, wie wenn er in der gesetzlichen Form die Bürgschaft erklärt hätte, — nach § 771, event. § 773 BGB. und § 349 HGB. Werden Hauptschuldner und Kreditauftraggeber gleichzeitig verklagt, so ist zum Ausdrucke zu bringen, daß dieser als Bürge haftet.

Neunzehnter Titel. Vergleich.

Literatur: Rietsch, Der besondere Voraussetzungstatbestand beim Vergleich. (Berlin 1906.) —

§ 779. 1. Dogmatisches und Kritisches. Vgl. JDR. 2 Ziff. 1, 2, 3 Ziff. 1. — *Rietsch kritisiert den im § 779 aufgestellten Begriff des V. und die Bestimmung über die Unwirksamkeit wegen Irrtums über die feststehende Grundlage als zu enge. Er definiert: „V. ist ein Vertrag zur Beseitigung einer streitigen oder zweifelhaften Rechtslage." Wesentlich ist dem V. nur ein besonderer Voraussetzungstatbestand, der in dem Bewußtsein des Streites oder der Ungewißheit besteht. Dieser erzeugt den Willen, sich zu vergleichen. Der Inhalt des V. ist für die Frage, ob ein V. vorliegt oder nicht, ganz bedeutungslos. Infolgedessen ist dem V. das „gegenseitige Nachgeben" nicht wesentlich, es gehört weiter nicht zum Wesen des V., daß er den Streit oder die Ungewißheit auch wirklich beseitigt. Die Vergleichsparteien müssen nicht vorher in einem Rechtsverhältnisse stehen. Nach der gegebenen Definition fällt auch der Prozeßvergleich unter den Begriff des V. Der besondere Voraussetzungstatbestand beim V. kann sich auf Tatsachen oder auf Rechtsvorschriften beziehen. Neben ihm müssen auch die allgemeinen Voraussetzungstatbestände (z. B. Geschäftsfähigkeit der Parteien, Verkehrsfähigkeit des Gegenstandes) wie bei jedem Vetrage vorhanden sein. Dem V. eignet aber sehr häufig noch eine weitere Voraussetzung, die weder ein objektiver Tatbestand ist, noch ein subjektiver sein muß: die als feststehend angenommene Grundlage. Ein Irrtum in dieser Grundlage kann den V. unwirksam machen; die Rechtsfolge der Unwirksamkeit tritt ein, ohne daß ein weiterer Tatbestand außer dem Vertragstatbestande wesentlich wäre. Der Richter muß erst nachträglich den Tatbestand konstruieren und unterlegen, indem er erforscht, was die Parteien notwendigerweise als außerhalb des Streites oder der Ungewißheit stehend, also als feststehend annahmen. Diese Tätigkeit des Richters gehört noch zur Auslegung. Gegen den § 779 ist noch einzuwenden, daß der Irrtum über die feststehende Grundlage den V. nicht unwirksam machen sollte. Es könnte sonst vorkommen, daß dritte Personen die Unwirksamkeit eines V. durchsetzen, an dem die Parteien festhalten wollen, oder daß der Richter ohne Anfechtungserklärung einen von den Parteien einem Rechtsstreite zugrunde gelegten V. für unwirksam erklärt. Der V. sollte in diesem Falle bloß anfechtbar sein. Die Bestimmung über die Unwirksamkeit ist sodann auch zu enge geraten. Fälle, in denen unser Rechtsgefühl dringend die Anfechtbarkeit verlangt, fallen nicht darunter. Deshalb sollte einfach nur bestimmt werden, daß ein V. wegen Irrtums über einen, wenn auch unbewußt von beiden Teilen als gewiß vorausgesetzten Umstand angefochten werden könne, wenn anzunehmen ist, daß der V. ohne diese irrtümliche Voraussetzung nicht zustande gekommen wäre.

2. Siber, SächsA. **15** 565—567, kritische Bemerkungen zu Hedemann, Vergleichsirrtum — JDR. **2** § 779 Ziff. 1. Es bedarf keiner ausdehnenden Auslegung, um den Irrtum über die Person zum Grundlagenirrtum zu machen, und der Irrtum im Objekt ist gleichfalls ein Grundlagenirrtum.

3. Einzelne Fälle aus der Rechtsprechung. Vgl. JDR. **2** Ziff. 7 **3** Ziff. 2 zu § 779.

a) Tatsächliches Nachgeben. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 106 ff., insbes. 109/110, SeuffA. **60** 275 ff., SächsA. **15** 204 ff, R. **04** 576 Nr. 2477 — s. auch JDR. **2** § 779 Ziff. 7a, **3** zu Ziff. 2b. Für den Abschluß eines Vergleichs ist es nicht erforderlich, daß die Beteiligten sich wechselseitig das Zugeständnis machen, der andere habe zum Teil recht, vielmehr genügt ein tatsächliches Nachgeben. (Das OLG. Braunschweig hatte das Vorhandensein eines Vergleiches verneint, weil die Zahlung als „Liberalitätszahlung" bezeichnet war.) — Zu dem Sachverhalt gehört nicht der Rechtssatz, nach dem der Streit zu entscheiden und die Unsicherheit zu beseitigen gewesen sein würde.

b) **RG.** ElsLothrZ. **05** 540. Zu einem Vergleich, durch den alle aus einem Rechtsverhältnis entstandenen Streitpunkte erledigt werden sollen, ist weder eine ausdrückliche Verhandlung über die einzelnen Streitpunkte noch, sofern nur die für die Berechnung nötige Unterlage feststeht, die sofortige ziffernmäßige Festsetzung der Höhe des für eine Partei sich ergebenden Anspruchs erforderlich.

c) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. α. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 918 ff., PosMschr. **05** 63. Behauptet der Kläger, durch arglistige Täuschung zu dem Vergleich bestimmt worden zu sein, so muß er diese seine Behauptung beweisen. Alsdann wäre der Vergleich nichtig und käme als Einrede nicht mehr in Betracht. Die Anfechtung eines Vergleichs wegen arglistiger Täuschung richtet sich nach den allgemeinen Regeln, auf die bei Anfechtung wegen Irrtums zu machende Unterscheidung kommt es nicht an. Es ist unerheblich, worauf sich der Irrtum erstreckt; nur muß der andere Teil durch die arglistige Irrtumserregung zu dem Abschlusse des Vergleichs bestimmt worden sein, so daß er ohne sie den V. nicht geschlossen haben würde. (Das OLG. Königsberg nahm an, daß arglistige T. in Ansehung derjenigen streitigen und ungewissen Punkte, deren Beseitigung der V. bezweckte, nicht in Frage kommen könne.) — β. Beweislast. Dieselbe Entscheidung: handelt es sich bei der Anfechtung eines Vergleichs um die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens von Forderungen, so genügt es nicht, daß der Anfechtungskläger die Entstehung der Forderungen nachweist und den Beweis der Tilgung vom Beklagten erwartet. Vielmehr liegt es dem Kläger auch ob, den durch den V. geschaffenen Erlöschungsgrund der Forderungen zu beseitigen.

d) Einfluß des Irrtums. **RG.** PuchelZ. **05** 713 ff., JW. **05** 689/690, R. **05** 680 Nr. 2823. Daß die Vertragschließenden sich im Irrtum über einen den Gegenstand des Vergleichs bildenden Punkt befanden, kann nie seine Unwirksamkeit zur Folge haben. Unter dem „zugrunde gelegten Sachverhalte" sind andere tatsächliche Voraussetzungen verstanden, auf welche der Streit oder die Ungewißheit sich nicht bezog.

e) Verhältnis zu Formvorschriften. **RG.** JW. **05** 721 Nr. 12. Die Formvorschriften der §§ 2371, 2385 Abs. 1 werden durch den § 779 nicht berührt. Wenn auch der Vergleich als solcher einer besonderen Form nicht bedarf, so kann doch die Rechtsänderung, welche durch ihn herbeigeführt oder auf Grund desselben vorgenommen werden soll, ebenso wie bei dem Kaufe die Beobachtung einer Form erforderlich machen. S. im übrigen u. zu § 2371.

Zwanzigster Titel. Schuldversprechen. Schuldanerkenntnis.

Vorbemerkung: Im ACivPrax. hat Max Rümelin (97 und 98) umfassende Betrachtungen zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. erscheinen lassen. Im Augenblick, wo diese Zeilen in Druck gehen, sind sie noch nicht zum Abschluß gelangt. Deshalb soll über sie auch erst in JDR. 5 im Zusammenhang berichtet werden Schreiber äußert sich nur in Kürze über einige praktisch-dogmatische Streitpunkte, und Pagenstecher kommt in einem anderen größeren Zusammenhange zu unserem Abschnitte auf Wesen und Art der Feststellungsverträge zu sprechen. Die Rechtsprechung (zu § 781) nimmt einen bescheidenen Raum ein und hat nur im wesentlichen Gelegenheit gefunden, schon früher ausgesprochene Sätze von neuem festzustellen.

Literatur. Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905. — Schreiber, Zur Lehre vom Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, SächsA. 15 573–594.

Zu §§ 780 ff. 1. *Schreiber. a) Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis sind im Wesen identisch und nur der Form nach verschieden. Beide sind Feststellung einer Schuld, mithin gerade nicht einverständliche Neubegründung, wenn auch die Absicht der Neubegründung auf seiten des Versprechenden bzw. Anerkennenden vorliegen kann. Die Wesensgleichheit beider Verträge verkennen u. a. Planck und Staudinger, sowie OLG. Dresden, SächsOLG. 25 46, OLG. 6 454. — b) In Ansehung von Schuldverhältnissen, die durch den Willen der Beteiligten (durch Vertrag) zur Entstehung gebracht werden, ist das Schuldversprechen des § 780 stets sekundärer Natur; es geht ihm als primäres notwendigerweise das schuldbegründende Leistungsversprechen voraus, das seinen Schuldgrund immer in sich trägt. Dies gilt auch dann, wenn der Schuldgrund nicht im Verhältnis der Vertragschließenden zueinander liegt, insbesondere bei den Schuldsicherungsverträgen, soweit sie Bestellung einer Sicherheit für fremde Schuld oder Aufgabe solcher Sicherheit bezwecken. Deshalb ist das Versprechen des Rücktritts einer Hypothek — entgegen dem RG. 48 136 — niemals ein Schuldversprechen i. S. von § 780, auch dann nicht, wenn dem Rücktritte kein Gegenvorteil gegenübersteht, was z. B. die Polemiken gegen die reichsgerichtliche Entscheidung und das OLG. Celle, OLG. 8 75 verkennen. Ebenso ist die Annahme irrig, daß die kumulative Schuldübernahme und die Erfüllungsübernahme (§ 329) ein Schuldversprechen nach § 780 sei oder doch sein könne. — c) Der nur mündlich erklärte Feststellungswille ist nur Indiz. Auch bei den ohne den Willen der Beteiligten (durch Gesetz) entstehenden Schuldverhältnissen ist die Annahme abzuweisen, daß er etwa im Rahmen der prozessualen Darlegung der das Schuldverhältnis begründenden Tatsachen sich vollwirksam erweise, also in diesem Sinne in Verbindung mit dem Schuldverhältnisse wirke. Endlich kann ihm auch durch die Annahme eines bindenden Beweis- oder Nichtbestreitungsvertrags keine größere Bedeutung verliehen werden. — d) Der Formzwang ist nicht logisch durchgeführt. Dieselben gesetzgeberischen Gründe, aus denen der Abrechnungsvertrag (§ 782) für formfrei erklärt worden ist, treffen auf den Umwandlungsvertrag des § 607 Abs. 2 zu. Gleichwohl wird man seine Formbedürftigkeit anerkennen müssen, wenn er — wie regelmäßig — nur akzessorische Stipulation ist. Bedeutet er dagegen im Einzelfalle echte Schuldneuerung, so dürfte ein Formzwang ebensowenig in Frage kommen, wie bei effektiver Zahlung der Darlehnssumme.

2. *Pagenstecher. a) Die im BGB. nicht geregelten echten Feststellungsverträge, d. h. diejenigen Verträge, deren ausschließlicher wirtschaftlicher Zweck ist, Rechtsgewißheit zwischen den Parteien zu schaffen über das Bestehen eines subjektiven Rechtes, sind kausale, nicht abstrakte Verträge (99 ff. und Anm. 245).

Eine konstitutive Wirkung äußern sie nur, wenn sie etwas objektiv Unwahres „feststellen". Wird eine bestehende Forderung „festgestellt", so erzeugt dieser Vertrag keinen akzessorischen Anspruch (98 Anm. 268 und 345). — b) Ebensowenig wie der Vergleich sind die Feststellungsverträge auf obligatorische Rechte beschränkt. — Wegen der Wirkungen der Feststellungsverträge über absolute Rechte (111 ff., 122 ff.). — c) Über die negativen Feststellungsverträge zu § 397 BGB. s. a. a. O. — d) Über die Wirkungen der Feststellungsverträge auf die Rechtsnachfolger der Kontrahenten (118 ff.). — e) § 779 BGB. ist auf die Feststellungsverträge entsprechend anwendbar (Anm. 1131). Im übrigen richtet sich die Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB (104). — f) Vergleichbar mit den Wirkungen der Feststellungsverträge sind die Wirkungen der rechtskräftigen Leistungs- und Feststellungsurteile (305, 411; s. a. a. a. O. zu § 322 ZPO.). — g) Mit dem Feststellungsvertrag nahe verwandt ist auch der Prozeßvergleich (vgl. jedoch Anm. 666). — h) Wegen der beschränkten Feststellungsverträge a. a. O. 134. Ein beschränkter Feststellungsvertrag liegt z. B. in der bei Feuerversicherungen üblichen Klausel, wonach der Versicherte verpflichtet ist, im Schadenfalle den Bestand an Büchern durch schriftliches Verzeichnis nachzuweisen (vgl. hierzu Stein, Urkundenprozeß 124 Anm. 7).

§ 780. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 883 ff Eine selbständige Verpflichtung im Sinne des § 780 wird nur geschaffen, wenn die Absicht der Parteien auf die Begründung einer neuen selbständigen Schuldverbindlichkeit gerichtet war; dem Schuldner muß daher der Beweis offen bleiben, daß eine vom Schuldgrunde losgelöste neue Verbindlichkeit durch die Urkunde nach der Absicht der Parteien nicht begründet werden und die Schuldurkunde nur die Bedeutung eines Beweismittels für ein auf einem bestimmten Schuldgrunde beruhendes Schuldverhältnis haben sollte. S. auch o. zu § 414 Ziff. 3.

2. *Merckens, DNotV. **05** 559/562. Ein abstraktes Schuldversprechen kann ebenso wie ein Wechsel zur Sicherung einer anderen Forderung gegeben werden. Die bei der Abgabe des abstrakten Schuldversprechens ausdrücklich klargelegte Bestimmung, zur Sicherheit einer Forderung zu dienen, hat nicht die Bedeutung, daß damit der Verpflichtungsgrund in dem Versprechen angegeben, und dieses also kein abstraktes wäre (gegen Oberneck, DNotV. **04** 84 ff.). Es kommt hierbei in erster Linie auf den Willen der Parteien an.

3. Harke, HansGZ. **05** Beibl. 5/6, wendet sich gegen die Anwendung der §§ 459 ff. bei Verkäufen von „Geschäften" mit „Kundschaft" u. dgl. (s. o. zu § 459 Ziff. I 2) und meint: rechtlich verfolgbar könnten Ansprüche der fraglichen Art dadurch werden, daß ihnen nach § 780 gültige schriftliche Garantieversprechen zugrunde lägen. — Dagegen Grallert, ebenda 17/8.

4. Schuldversprechen bzw. -Anerkenntnis und Schuldübernahme s. o. zu § 414 Ziff. 2 c.

5. Über § 780 u. § 329 s. **RG. 58** 200, R. **05** 106 Nr. 396.

§ 781. 1. OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 379/80. Aus dem bloßen Umstande, daß die Urkunde den Schuldgrund nicht erwähnt, läßt sich der Beweis eines abstrakten Schuldversprechens nicht entnehmen. Auch über eine kausale Verpflichtung kann eine Urkunde in absolut oder relativ abstrakter Fassung errichtet werden. Entscheidend ist, ob sich die Parteiabsicht erkennbar auf die Begründung einer formell selbständigen, d. h. von dem konkreten Schuldgrund unabhängigen neuen Verpflichtung richtet.

2. **RG.** PucheltsZ. **05** 710 ff. Ist ein Schuldgrund in der Urkunde nicht genannt, so ist es unerheblich, daß man von einem solchen weiß, oder daß der Gläubiger von vornherein ihn bezeichnet hat, da es sich bei jedem Schuld-A. von selbst versteht, daß es einen bestimmten materiellen Grund hat und über-

flüssige tatsächliche Angaben für die rechtliche Natur des konkreten Klaggrundes unerheblich sind.

3. RG. PosMSchr. 05 128/9, R. 05 618 Nr. 2543. Fall, wo Schuldanerkenntnis unter Angabe des Verpflichtungsgrundes (Darlehn) in Verbindung mit einem Zahlungsversprechen angenommen wird. Der Kläger bekannte, dem Beklagten aus barem Darlehn 9000 M. schuldig zu sein. Daß er sich nicht des Ausdrucks „anerkennen" bediente, ist unerheblich (§ 133). Unerheblich auch, daß er Geld als Darlehn überhaupt nicht empfangen hat, — arg. § 607 Abs. 2, und der Kläger hatte zugegeben, daß er eine Schuld aus Geschäftsverhältnissen anerkennen wollte. Er wollte also die aus den Geschäftsverhältnissen entspringende Schuld in eine Darlehnsschuld umwandeln und anerkennen. Die Verpflichtung sollte unabhängig von dem angegebenen Verpflichtungsgrunde bestehen bleiben.

4. RG. SeuffBl. 05 426/7, JW. 05 389 ff. Nr. 8, R 05 312 Nr. 1446, 646 Nr. 2666. In der Auszahlung einer Schuld als vermeintlicher Masseschuld durch den Konkursverwalter liegt kein Anerkenntnis im Sinne des § 781.

5. RG. JW. 05 186/7 Nr. 39. Die Feststellung und Anerkennung des Saldos im Kontokorrentverkehre hat eine doppelte Bedeutung, erstens: die eines Anerkenntnisses des gefundenen Saldos als einer Schuld (§§ 781, 782) und zweitens: die Bedeutung einer vertragsmäßigen Aufrechnung der Einzelposten.

§ 782. *Hoffmann, BankA. 4 130. Wesen des Abrechnungsgeschäfts im Verkehre der Banken (Abrechnungsstellen).

Einundzwanzigster Titel. Anweisung.

Vorbemerkung: Im Anschluß an die Bestimmungen der Lehre von der Anweisung behandelt Simonson die Lehre vom Scheck. (Vgl. auch den Aufsatz von Hoffmann.) Oertmanns Aufsatz über Aufrechnung und Anweisung (vgl. oben §§ 387, 388) enthält einige Bemerkungen über die Natur der Anweisung. Die über den Postanweisungsverkehr sich äußernde Entscheidung des RG. ist zu § 812 abgedruckt.

§ 783. 1. Oertmann, R. 05 33: Die Anweisung ist nach der von Lenel, JheringsJ. 36 113, aufgestellten Konstruktion als Vollmacht zum Inkasso anzusehen. Der Anweisungsempfänger erhält die Valuta mit der Wirkung, daß die Leistung des Angewiesenen an ihn im Rechtssinne als solche an den Anweisenden zu gelten hat. Allerdings ist er in den wohl regelmäßigen Fällen, wo er die empfangene Valuta für sich behalten soll, Vertreter nicht im dinglichen, sondern nur im obligatorischen Verhältnis; er empfängt die Valuta im Sinne des Eigentumsüberganges für sich selbst, aber diese Tradition an den Anweisungsempfänger bedeutet im Sinne der zu begründenden oder zu lösenden Kausalverhältnisse eine Leistungs-, bei der Anweisung auf Schuld speziell eine Erfüllungshandlung an den Anweisenden.

2. Postanweisungsverkehr. RG. 60 24, JW 05 172 über Rechtsverhältnisse bei Postanweisungen; vgl. auch zu § 812 Ziff. 10 b. — AG. und LG. Oppeln, BreslauAK. 05 5 über Postanweisungsverkehr.

3. Scheck und Anweisung. a) *Simonson, Scheckrechtliche Betrachtungen, BankA. 4 70 ff., 82 ff, behandelt einige für ein künftiges deutsches Scheckgesetz wichtige Fragen. Er verwirft die im RegEntw. von 1892 vorgesehene unmittelbare Klage des Scheckinhabers gegen den Bezogenen unter Berücksichtigung der verschiedenen für sie geltend gemachten rechtlichen Konstruktionen und stellt fest, daß an der rechtlichen Natur des Schecks als einer besonders gearteten Anweisung keine Zweifel mehr bestehen könnten. Der Scheck sei weder ein Kreditpapier noch ein Umlaufspapier, er sei auch kein Zahlungsmittel, seine Hingabe keine Leistung an Erfüllungsstatt, sondern lediglich ein Versuch der Zahlung, dessen Fehlschlag den Rückgriff auf das zugrunde liegende

Rechtsverhältnis nicht ausschließe. Geht aber der Schecknehmer auf diesen Versuch ein, so darf er auf das alte Rechtsverhältnis nur dann zurückgehen, wenn er den Versuch, aus dem Scheck Zahlung zu erhalten, ordnungsmäßig, aber vergeblich gemacht hat, wie er auch nur für diesen Fall die Regreßklage haben kann, die außerdem — im Gegensatze zur Vertragsklage — die Rechtzeitigkeit der Vorlegung zur Voraussetzung hat. An der Hand der bestehenden Gesetze und Entwürfe erörtert er die Frage der passiven Scheckfähigkeit und tritt mit dem Regierungsentwurfe von 1892, gegen den österr. Entwurf, dafür ein, daß grundsätzlich die Scheckziehung auf jedermann, nicht nur auf Bankiers oder nur auf Banken, zulässig sein soll. Wenn auch § 790 BGB. den Widerruf der Anweisung gestattet und das Recht einer Reihe von Ländern für den Scheck die gleiche Regelung getroffen hat, so tritt er doch mit eingehender Begründung für den Ausschluß des Widerrufs vor Ablauf der Vorlegefrist ein. Zum Schlusse befaßt er sich mit dem Einflusse des Konkurses des Ausstellers und verlangt hier eine ausdrückliche Regelung, die der erwähnte Regierungsentwurf vermeiden will. — **b)** *Hoffmann, Der Scheck und das BGB., BankA. **4** 130 vgl. schon IDR. **3** § 783 Ziff. 3.

4. Über einen Grenzfall von Abtretung und Anweisung s. o. § 405 Ziff. 2.

§ 788. *Hoffmann, BankA. **4** 134: § 788 gilt auf den Scheckverkehr.

§ 790. *Hoffmann, BankA. **4** 133: Auch der Scheck ist bis zur Einlösung oder Abrechnung widerruflich.

§ 792. 1. *Hoffmann, BankA. **4** 133: Schriftliche Übertragungserklärung ist bei Begebung oder Weiterbegebung des Inhaberschecks gewohnheitsrechtlich nicht erforderlich.

2. Aushändigung s. *Eltzbacher bei BGB. § 410.

Zweiundzwanzigster Titel. Schuldverschreibung auf den Inhaber.

Vorbemerkung: Bemerkenswert ist vor allem der Aufsatz von Gierke über die Leistung an geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen. Langen erörtert in eingehender kritischer Untersuchung die Frage, ob im § 794 die Kreationstheorie vom BGB. angenommen ist. Er kommt mit Recht zu Bejahung der Frage. Unter den mitgeteilten Entscheidungen ist vor allem das zu § 795 abgedruckte Erkenntnis des RG. beachtlich, welches sich über die Anwendung des § 795 beim Grundschuldbriefe ausspricht.

Literatur: Gierke, Einlösung von Inhaberpapieren durch Geschäftsunfähige, DIZ. **05** 92 ff. — Langen, Erkennt das BGB. bei Inhaberschuldverschreibungen die Kreationstheorie an? ABürgR. **27** 161. — Seelmann, Das Straßenbahnbillet, EisenbE. **22** 85.

§ 793. 1. Gierke wendet sich gegen Oertmann (vgl. IDR. **3** § 793 Ziff. 1). Die Leistung aus Inhaberpapieren an den Inhaber befreit ohne Rücksicht auf Mängel der Geschäftsfähigkeit. Der Aussteller ist berechtigt und verpflichtet, an den Inhaber zu leisten, ohne dessen Legitimation zu prüfen. Über Ausnahmen vgl. 93, 94. Durch Leistung an eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person wird der Aussteller befreit. Die Gestaltung der Eigentumsverhältnisse an dem gezahlten Gelde oder dem sonstigen Leistungsgegenstande hängt von Umständen ab, die außerhalb des Wirkungsbereichs der Inhaberklausel liegen. Auch die Geschäftsunfähigkeit des Präsentanten ist an sich kein hinreichender Grund, die Einlösung des Inhaberpapiers zu verweigern. Vgl. näheres 97, 98. — Was für Inhaberpapiere gilt, gilt auch für in blanco indossierte Orderpapiere und entsprechend für Legitimationspapiere. Da aber hier der Inhaber als solcher nicht berechtigt ist, die Leistung zu verlangen (§ 808 Abs. 1 Satz 2), kann der Aussteller, ohne Verzugsgefahr zu laufen, stets den Nachweis der Berechtigung des Inhabers zur Einlösung und somit auch den

Nachweis seiner Geschäftsfähigkeit oder Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters fordern. Hier wird daher der Aussteller schon dann nicht befreit, wenn er weiß, daß der geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Inhaber unbefugt präsentiert und gleichwohl an ihn leistet.

2. Ausstellung der Schuldverschreibung ist rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Gegen Hellmann begründet dies *Eltzbacher, Handlungsfähigkeit 162/163, 142/143.

3. **RG. 59** 374, HansGZ. **05** Hauptbl. 71, erklärt die Inhaberlagerscheine für zulässig. Vgl. JDR. **3** § 793 Ziff. 3. Behrend, Lagerscheine als Inhaberurkunden, DJZ. **05** 540, vgl. JDR. **3** § 793 Ziff. 3. Vgl. Heilbrunn, Holdheims MSchr. **05** 175.

4. LG. Gießen, HessRspr. **6** 76: Die in der Urkunde versprochene Leistung kann Gegenstände jeder Art betreffen. Im Abs. 1 Satz 2 bedeutet „Leistung" die Erfüllung der dem Aussteller obliegenden Verpflichtung. Die Aufrechnung dagegen ist keine Leistung im Sinne dieser Vorschrift; denn die Aufrechnung ist nach der Terminologie des BGB. nicht eine Unterart der Erfüllung, sondern bildet gleich dieser nur einen Grund für das Erlöschen der Schuldverhältnisse.

§ 794. Langen vertritt den Standpunkt der Kreationstheorie. Er kommt zu folgendem Resultat (189): Mit der Ausstellung ist die zur Entstehung der Verbindlichkeit erforderliche Tätigkeit des Ausstellers abgeschlossen, mit ihr ist seine Willenserklärung vollendet und ihre Wirksamkeit von einer weiteren Tätigkeit seinerseits unabhängig. Nicht darin beruht die Bedeutung des § 794, daß er für die Inhaberschuldverschreibung die Kraft des einseitigen Versprechens anerkennt, sondern darin, daß er bestimmt, mit welchem Augenblicke nach dem Gesetze dieses einseitige Versprechen wirksam abgegeben ist.

§ 795. **RG. 59** 381, JW. **05** 139: § 795 findet auch auf den Inhaber gestellte Grundschuldbriefe Anwendung. Diese dürfen daher ohne staatliche Genehmigung nicht in den Verkehr gebracht werden. Der Grundbuchrichter hat bei Anwendung des § 795 die Eintragung der Grundschuld und die Aushändigung vom Nachweise der staatlichen Genehmigung abhängig zu machen. Vgl. zu §§ 839 und 1195.

§ 799. LG. Augsburg, JustdRdsch. **05** 242. Abhanden gekommene oder vernichtete Anteilscheine, Quittungsbücher, Dividendenkoupons und Erneuerungsscheine, die von einer eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft „den Mitgliedern derselben" ausgestellt sind, können nicht im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden.

§ 805. *Eltzbacher, Handlungsfähigkeit 194/195. Der Widerspruch gegen die Ausgabe neuer Zins- oder Rentenscheine ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern eine unmaßgebliche Willensäußerung.

§ 807. Seelmann, EisenbE. **22** 85, gibt einen verkürzten Abdruck der ABürgR. **25** 213 veröffentlichten Abhandlung. S. JDR. **3** § 807 Ziff. 1.

§ 808. 1. *Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite 85 ff. Die Depotscheine der Banken haben in der Regel die Natur der im § 808 bezeichneten Urkunden. Die Bank wird durch die Leistung an den Inhaber des Depotscheins auch dann befreit, wenn sie weiß, daß dieser nicht verfügungsberechtigt ist. Hat der Hinterleger ein Paßwort angegeben, so darf die Bank das Depot an den Inhaber des Depotscheins erst herausgeben, wenn dieser sich durch die Kenntnis des Paßworts legitimiert.

2. Über Zahlung an Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige s. Gierke, DJZ. **05** 98, s. o. zu § 793 Ziff. 1.

3. *Hoffmann, BankA. **4** 133. Inhaberscheck nicht Legitimationspapier.

4. ElſLothZ. **05** 390 (Colmar). Sparkaſſenbücher ſind auf den Namen eines beſtimmten Berechtigten lautende Wertpapiere, die mit der Beſtimmung ausgegeben werden, daß die in der Urkunde verſprochene Leiſtung nicht nur an den legitimierten Berechtigten, ſondern an jeden Inhaber des Papiers bewirkt werden kann. Ihre Eigentümlichkeit beſteht darin, daß in der Regel, d. h. abgeſehen von den Fällen der Kraftloserklärung der Sparkaſſenbücher, die Sparkaſſe nicht anders als gegen Aushändigung des Buches zu zahlen verpflichtet iſt und die Legitimation des Inhabers, welcher das Buch zur Erhebung der Gelder vorlegt, nicht zu prüfen braucht, wohl aber prüfen und von dem ſich zur Erhebung der Gelder Meldenden den Beweis ſeines Gläubigerrechts verlangen kann.

Dreiundzwanzigſter Titel. Vorlegung von Sachen.

§ 810. 1. BankA. **4** 27 (Cöln). Hat eine Bank das Vermögen eines Kunden verwaltet und ordnungsmäßige halbjährliche oder jährliche Rechnungsauszüge überſandt, ſo können die Erben des Kunden die Einſicht der Bücher nicht verlangen, insbeſondere nicht, um feſtzuſtellen, ob ein einzelner von den mehreren Erben bereits zu Lebzeiten des Erblaſſers aus deſſen Vermögen Beträge erhalten hat, die er bei der Erbteilung einzuwerfen verpflichtet iſt.

2. SächſA. **15** 623 (Dresden). Beibücher, die ein Reſtaurateur über die Bierabnahme von Brauereien führt, werden ihrem Inhalte nach nur für den Abnehmer und die Lieferanten als gemeinſchaftliche Urkunden anzuſehen ſein. Der Käufer eines Reſtaurationsgeſchäfts kann die Vorlegung derartiger Beibücher über den bisherigen Bierumſatz nicht verlangen, um nach Einſicht der Bücher den Vertrag rückgängig zu machen. Die Bücher ſind nicht in ſeinem Intereſſe errichtet.

3. DIZ. **05** 80 (Colmar). Ein Anſpruch auf Vorlage des Fuſionsvertrags ſteht der auf denſelben ſich berufenden Partei der anderen gegenüber (abgeſehen von § 810 BGB.) nur unter der Vorausſetzung des § 142 Abſ. 1 ZPO. zu. Die Gegenpartei iſt dagegen gemäß § 138 ZPO. verpflichtet, ſich über die von der anderen Partei hinſichtlich des Vertragsinhalts gemachten Angaben zu erklären.

4. BayObLG., SeuffA. **60** 124 ſ. ſchon IDR. **3** § 810 Ziff. 3a.

Vierundzwanzigſter Titel. Ungerechtfertigte Bereicherung.

Vorbemerkung: Grundlegende Abhandlungen über die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung ſind im Berichtsjahre nicht zu verzeichnen Nach den umfaſſenden tiefgehenden Unterſuchungen der letzten Jahre iſt ein Stillſtand nicht zu verkennen. Dagegen ſind einzelne Fragen mehrfach behandelt worden. So findet ſich in den zu § 816 im Auszuge abgedruckten Aufſätzen von Schöninger und Wolff die Frage erörtert, ob der Gläubiger, der die einem Dritten gehörenden Sachen pfändet, wegen ungerechtfertigter Bereicherung haftbar ſei. Zu § 817 iſt die Frage des Bordellverkaufs und der Gültigkeit des dinglichen Rechtsgeſchäfts im Verhältniſſe zur Gültigkeit des obligatoriſchen von der Literatur und Judikatur behandelt. Es kann hierbei auf das zu § 138 Mitgeteilte Bezug genommen werden. — Von den Gerichten iſt eine Reihe bemerkenswerter Sätze aufgeſtellt worden. So ſpricht ſich das zu § 812 Ziff. 2 abgedruckte Erkenntnis des RG. über die Unterſchiede der ungerechtfertigten Bereicherung nach BGB. von der nützlichen Verwendung des PrALR aus. Das zu § 812 Ziff. 7 abgedruckte Erkenntnis ſei ebenfalls der Beachtung empfohlen. Von den einzelne Fälle enthaltenden Entſcheidungen müſſen hier die zu § 812 Ziff. 10 a und b mitgeteilten beſonders hervorgehoben werden.

Literatur: Förſter, Veräußerung von Grundſtücken mit Bordellbetrieb, R. **05** 356. — Philipp, Der Bordellverkauf, BayRpflZ. **05** 382. — Schöninger, Der Bereicherungsanſpruch gegen den Vollſtreckungsgläubiger bei Pfändung fremder Sachen, SeuffBl. **05** 685. — M. Wolff, Die Zwangsvollſtreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache. Berlin 1905.

§ 812. 1. *Kriegsmann, Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung 48—64. Unter den Begriff der causa der Eigentumsübertragung als des positiv rechtlichen, mit rechtlicher Relevanz ausgestatteten Ausschnitts aus der Zweckreihe, subsumieren sich a) der rechtliche Grund, d. i. die Perfektion des mit der Eigentumsübertragung bezweckten zusammengesetzten Rechtsgeschäfts. Hierher gehört die einseitige Zwecksatzung des Gebers, die sich auf die Herstellung einer über den Eigentumsübergang hinausgehenden Rechtswirkung unmittelbar durch die Übereignung richtet, b) der mit der Eigentumsübertragung nach dem Inhalte eines ihr zugrunde liegenden Vertrags bezweckte, in der Herbeiführung einer unmittelbaren, über den Eigentumsübergang hinausgehenden Rechtswirkung nicht bestehende, andersartige Erfolg, der tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein kann, dessen Erreichung der Eigentumsübertragung abstrakt gegenübersteht.

2. **RG.** JW. **05** 80. Der Bereicherungsanspruch nach dem BGB. ist nur dann gegeben, wenn die in Frage kommende Vermögensverschiebung sich unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hat. Nicht aufrechterhalten durch das BGB. ist die Bestimmung des preußischen Rechtes, daß ein Anspruch aus der nützlichen Verwendung auch dann besteht, wenn der dem Anspruche zugrunde liegende Übergang eines Wertes aus dem Vermögen des einen Teiles in das des anderen sich nicht unmittelbar zwischen beiden vollzogen hat, sondern durch das Rechtsgeschäft eines Dritten vermittelt worden war, sofern die Mittelsperson das für die Verwendung ursächlich gewordene Erwerbsgeschäft zwar im eigenen Namen, aber im Auftrage oder als Geschäftsführer des anderen abgeschlossen hat.

3. **a)** *Baring, SächsA. **14** 548. Mittelbare Bereicherung ist nicht zu berücksichtigen. Geschäftsführung als solche gibt keinen Rechtsgrund. — **b)** *Baring, SächsA. **15** 30—48. Kein Anspruch dessen, der mit oder ohne Auftrag die Geschäfte eines bestimmten anderen geführt hat, gegen denjenigen Dritten, der infolge jener Geschäfte bereichert wurde; selbst wenn (gegen Dernburg II § 380) ein neues Erwerbsgeschäft oder eine redlich geleistete Vergütung nicht dazwischen getreten ist, auch Ersatz bei dem anderen nicht erlangt werden kann und — im Falle einer Beauftragung des anderen durch den Dritten — jener der verdeckte Vertreter des letzteren war. Anders nur, wenn im einzelnen Falle weder der Aufwendende gegen den anderen, noch dieser gegen den Dritten einen Anspruch auf Ersatz hat.

4. R. **05** 44 (Posen). Auch die Eingehung einer Verbindlichkeit ist eine Leistung im Sinne dieser Vorschrift.

5. **RG. 60** 284, JW. **05** 280, BankA. **4** 141. Die von einem Dritten geleistete Zahlung auf eine nicht bestehende Schuld kann den angeblichen Schuldner nicht berechtigen, diese Zahlung zu kondizieren, und zwar auch dann nicht, wenn feststeht, daß der Dritte die Zahlung mit Mitteln des angeblichen Schuldners geleistet hat, es sei denn, daß er sie im Namen des letzteren und nicht im eigenen Namen geleistet hätte. Vgl. u. zu § 818 Ziff. 2.

6. OLG. Dresden, SächsA. **15** 108 vgl. JDR. **3** § 812 Ziff. 4c; s. auch unten § 814 Ziff. 4.

7. **RG.** JW. **05** 389: Irrtum auf seiten des Leistenden ist bei der condictio indebiti nicht positive Voraussetzung, vielmehr ist es, wie aus der Fassung des § 814 und aus dessen Zusammenhang mit §§ 812 und 813 erhellt, Sache des Bereicherten, zu beweisen, daß dem Leistenden das Nichtbestehen der Verbindlichkeit bekannt gewesen ist. Für die Begründung des Anspruchs genügt, daß der Kläger zum Zwecke der Erfüllung der Schuld geleistet und daß diese nicht bestanden hat; daraus ergibt sich der Mangel eines rechtlichen Grundes der erfolgten Vermögensverschiebung, sofern jener Zweck des Rechtsgeschäfts vereitelt ist, die causa (solvendi) der Leistung sich als hinfällig erweist.

8. Neubecker, BayRpflZ. 05 164, bespricht in Anlehnung an einen von Brettner, R. 04 626, mitgeteilten Fall die Bereicherung des Vertretenen.

9. Beweislast. RG. SeuffA. 60 315, SächsA. 15 65 s. schon IDR. 3 § 812 Ziff. 9b.

10. Aus der Praxis.

a) RG. IW. 05 391, DIZ. 05 746: Steht dem Ehemanne (nach § 1376) nach außen hin die Verfügung über die Gelder seiner Ehefrau auch zu eigenen Zwecken zu, so begründet es noch keinen Bereicherungsanspruch der Ehefrau gegen den Beklagten, daß sie nachweist, das Geld sei aus ihrem Vermögen an den letzteren gelangt, ohne daß sie ihm etwas schulde und ohne daß sie der Verwendung zugestimmt habe. Der Beklagte hat die Zahlung nicht ohne rechtlichen Grund erhalten, wenn der zahlende Ehemann ihm den gegebenen Betrag schuldete. Zur Begründung und Durchführung der Bereicherungsklage gehört also die Behauptung und der Nachweis, in welcher Absicht das Geld gegeben sei und daß es dem Zwecke der Hingabe an einem rechtlichen Grunde fehle. Das bloße Hingeben eines nicht geschuldeten Betrags begründet allein die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung nicht (RG. 49 49 f). Wenn der Beklagte selbst nun geltend macht, er habe die Zahlung zur Tilgung von Schulden des zahlenden Ehemanns an ihn erhalten, so hat der Kläger, wenn er nicht seinerseits einen anderen Zweck der Hingabe und dessen Hinfälligkeit dartut, das Nichtbestehen jener Schuld zur Begründung seines Anspruchs nachzuweisen . . . . Insofern zu einem der Tatbestände der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812—817) hinzukommt, daß der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstieß, und die Rechtsansprüche gegen den Empfänger nach Maßgabe des § 819 Abs. 2 erhoben werden, muß zu dem Nachweise des Empfanges ohne rechtlichen Grund auch der Nachweis eines gegen die guten Sitten verstoßenden Handelns des Empfängers hinzutreten. Vgl. auch u. § 826 Ziff. 12i.

b) RG. 60 24, IW. 05 172: Ein Postbeamter hatte in seiner amtlichen Eigenschaft eine Postanweisung unter der Adresse einer Person, der er Geld schuldete, abgefertigt, ohne den angewiesenen Betrag bei der Postkasse einzuzahlen. Der Postfiskus (Reichsfiskus) verlangte den an den Empfänger ausgezahlten Betrag wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurück. Die Klage ist abgewiesen. Die Überantwortung des Geldes von seiten der Post wirkt, obwohl diese in eigenem Namen, nicht als Vertreterin des Absenders zahlt, wie eine Zahlung, die der Schuldner durch einen Vertreter oder Boten an den Gläubiger leistet, und das Rechtsverhältnis ist in derselben Weise zu beurteilen, wie in dem Falle, wenn jemand, weil er einem anderen hierzu verpflichtet zu sein glaubt, eine Schuld desselben an dessen Gläubiger bezahlt. Als bereichert ist, wie nach gemeinem Rechte, so auch nach BGB. nicht der Empfänger des gezahlten Betrags, sondern der, dessen Schuld getilgt worden war, anzusehen.

c) RG. PucheltsZ. 05 437 ff., 440: Bereicherungsanspruch beim Mangel eines vollstreckbaren Titels (vgl. IDR. 3 § 812 Ziff. 10bα). Der Bereicherungsanspruch des Schuldners ist ihm nicht aus dem Grunde entzogen, weil er es unterlassen hat, den Mangel des Schuldtitels im Vollstreckungsverfahren selbst zu rügen.

d) R. 05 134 (KG.): Dem Inhaber einer Hypothekenforderung steht trotz unterlassener Anmeldung derselben bei dem Verteilungsverfahren über den Zwangsversteigerungserlös von Grundstücken nach Abschluß des Verfahrens aus § 812 BGB. die Bereicherungsklage zu gegen den nachstehenden Hypothekargläubiger,

sofern dieser infolge der Nichtanmeldung eine um den Betrag der nichtangemeldeten Forderung höhere Summe überwiesen erhalten hat.

e) R. 05 472 (Kiel): Der Hypothekengläubiger, der das verpfändete Grundstück in der Zwangsversteigerung erworben hat, kann einen Anspruch auf Herausgabe der vor der Beschlagnahme an den Eigentümer gezahlten Versicherungssumme für verbrannte Maschinen **gegen den Eigentümer** weder aus seinem Pfandrechte noch aus dem Zuschlage herleiten, noch mit ungerechtfertigter Bereicherung begründen, mögen die Maschinen als Zubehör oder als Bestandteile des Grundstücks anzusehen sein.

f) **RG.** ZBlFG. **6** 17. In der Vorrechtseinräumung für die Eigentümergrundschuld, die aus einer nicht valutierten Sicherungshypothek für Baugelder, der der Vorrang eingeräumt war, entsteht, liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung. —

g) SchlHolstAnz. **05** 27 (Kiel). Wer auf einer Landstelle Vieh pfänden läßt, ist dem Hypothekengläubiger aus ungerechtfertigter Bereicherung dann verpflichtet, wenn die gepfändeten Gegenstände als Zubehör anzusehen sind. Denn dann dürfen sie nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 865 Abs. 2 Satz 1 ZPO. nicht gepfändet werden.

h) R. **05** 44 (Posen). Dem wegen der Unkosten in Anspruch genommenen Vater eines durch Fahrlässigkeit eines Dritten verletzten Kindes steht ein **Bereicherungsanspruch** gegen den Schädiger zu (einen **Schadensersatz**anspruch hat nur der unmittelbar Verletzte); er kann Befreiung von seiner noch nicht erfüllten Verbindlichkeit verlangen

i) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 48. Gegen das bisherige Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft, das nach deren Auflösung in die Gesellschaft eingebrachte Wertobjekte eigenmächtig und vertragswidrig seinen Mitgesellschaftern vorenthält und für sich allein ausbeutet, kann von seinen bisherigen Gesellschaftern nicht nur ein Anspruch auf Bereicherung, sondern auch sowohl nach den Grundsätzen der Gesellschaft, wie denjenigen über außervertragliches Verschulden ein Schadensersatzanspruch erhoben werden.

k) **RG.** SeuffA **60** 315, SächsA **15** 65 (s. o. Ziff. 9). Ungerechtfertigte Bereicherung des Gutsherrn, dessen Verwalter ohne Befugnis künstlichen Dünger gekauft und in das Gut verwandt hat.

§ 814. 1. ***Weyl**, Verschuldensbegriffe 221. Der Begriff „sittliche Pflicht" geht nach der moralischen Seite, doch spielt, wie die koordinierten Rücksichten auf den „Anstand", wohl auch der Gedanke des Üblichen hinein.

2. **RG. 59** 351, JW. **05** 73, SchlHolstAnz. **05** 217. Zweifel oder Irrtum über die Beweisbarkeit der Nichtschuld begründen weder den Anspruch noch die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung. Dem für das gemeine Recht aufgestellten Satze (**RG. 21** 197) stehen für das Recht des BGB. die präzisen Bestimmungen in den §§ 812—814 direkt entgegen.

3. SächsA. **15** 549 (Dresden). Auch wenn der Beklagte rechtlich nicht zur Gewährung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet war, so entspricht es doch nur einer sittlichen Pflicht, für das Kind, dessen natürlicher Vater er wenigstens sein kann und als welchen er sich auch selbst gehalten hat, einen Unterhaltsbeitrag zu gewähren, und es entspricht der Klägerin (Mutter des Kindes) gegenüber zugleich einer Anstandspflicht, das ihr zur Bestreitung des Unterhalts Versprochene zu leisten

4. SächsA. **15** 108 (Dresden). Ist ein Vertrag wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form nichtig, so läßt sich nicht anerkennen, daß die Erfüllung des Vertrags einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht.

5. **RG.** BankA. **4** 12. Eine Zurückforderung des auf Grund der nach § 50 BörsG. verbotenen Börsentermingeschäfte Geleisteten nach § 814 ist ausgeschlossen, während § 817 keine Anwendung findet. Vgl. Anm. der Red. ebd. Vgl. ferner **RG.** BankA. **4** 59, JDR. **3** § 814 Ziff. 1

§ 815. Cüppers, DJZ. **05** 214 (gegen Planck zu § 815). Die Beweislast dafür, daß der Eintritt des bezweckten Erfolges nicht z. B. der Leistung unmöglich war, oder daß er um die Unmöglichkeit nicht gewußt habe, trifft den Kläger.

§ 816. 1. **a)** Schöninger bejaht mit der herrschenden Ansicht die Frage, ob der pfändende Gläubiger dem dritten Eigentümer aus der ungerechtfertigten Bereicherung haftet. Der geschädigte dritte Eigentümer der ausgepfändeten Objekte hat einen Ersatzanspruch, und zwar entweder gegen den vollstreckenden Gläubiger oder gegen den gepfändeten Schuldner. Die Entscheidung hängt davon ab, ob der Schuldner durch die Pfändung fremder, ihm nicht gehöriger Vermögensstücke von seiner Schuld gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger befreit wird oder nicht. Ist der Schuldner von seiner Schuld befreit, so ist er auf Kosten des dritten Eigentümers der gepfändeten Sachen ungerechtfertigt bereichert, weil er zur Tilgung seiner eigenen Schuld nicht fremde Vermögensstücke verwenden darf. Ist aber der Schuldner nicht befreit, und besteht die Forderung des pfändenden Gläubigers weiter, obwohl dieser das Ergebnis der Zwangsvollstreckung in seinem Vermögen hat, so ist der Gläubiger ungerechtfertigt bereichert, weil es für seinen Vollstreckungsarrest an dem rechtlichen Grunde fehlt (vgl. 686 ff.). Verf. wendet sich gegen die Ausführungen Oertmanns, ACivPrax. **96** 1 ff. (JDR. **3** § 816 Ziff. 1). — **b)** *M. Wolff 12—24 (s. unten zu § 1247 BGB.; gegen Oertmann, aber auch gegen die Heranziehung des § 816 BGB.): Der Eigentümer der dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörigen beweglichen Sache hat nach der herrschenden Lehre gegen den betreibenden Gläubiger einen Bereicherungsanspruch in Höhe des Erlöses. — Der Gläubiger unterliegt nach § 1247 Satz 2 BGB. dem Eigentumsherausgabeanspruche hinsichtlich des Erlöses, solange sich dieser unvermischt beim Gläubiger befindet, nachher dem Anspruch aus § 951 BGB.: Denn der Erlös tritt an Stelle der Sache und fällt daher nicht an den Gläubiger, sondern an den früheren Eigentümer der Sache. Dagegen Oertmann, AcivPrax. **96** 1—59.

2. *Sinzheimer, Lohnpfändung und Lohnausfall, R. **05** 36 ff.: Abs. 2 kommt auch zur Anwendung, wenn die Leistung auf Grund eines formellen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses bewirkt worden ist, dieser Pfändungs- und Überweisungsbeschluß aber zivilrechtlich ein Pfandrecht nicht begründen konnte, weil z. B. die Forderung, die überwiesen wurde, unpfändbar war. In diesem Falle ist der betreibende Gläubiger ein Nichtberechtigter im Sinne des § 816, und er hat demgemäß die an ihn bewirkte Leistung an den Berechtigten d. i. seinen Schuldner herauszugeben, sofern nur diesem gegenüber die Leistung durch den Drittschuldner wirksam war, was z. B. bei der Pfändung einer unpfändbaren Forderung wegen § 836 Abs. 2 ZPO. der Fall ist. Diese Sätze werden insbesondere praktisch in denjenigen Fällen, in denen eine Lohnforderung aus zeitlich unbestimmtem Dienstverhältnis, die bei Erlaß des Pfändungsbeschlusses pfändbar erschien, wegen eingetretenen Lohnausfalls nach Erlaß des Pfändungsbeschlusses unpfändbar wurde.

§ 817. 1. **a)** Philipp, BayRpflZ. **05** 382 ff., 400 ff., 420 ff., bespricht im Anschluß an ein Urteil des LG. Nürnberg die Frage des Bordellverkaufs. Nichtigkeit des über ein Bordellwesen abgeschlossenen Kaufvertrags (vgl. oben § 138 Ziff. 1). Verf. gelangt zu folgendem Ergebnisse: Die Nichtigkeit des Kaufvertrags berechtigt den Käufer nicht, die Löschung der für die Kaufpreisrestschuld eingetragenen Hypothek zu verlangen. Der Bordellverkäufer kann auf Herausgabe

des Bordells Zug um Zug gegen Zurückgabe der empfangenen Anzahlung klagen. — **b**) Förster, R. **05** 356 (s. o. § 138 Ziff. 2). § 138 bezieht sich nur auf das Kausalgeschäft, § 817 nur auf das Leistungsgeschäft. Verf. führt im Anschluß an § 817 aus, daß auch Bordellgrundstücke mit dem Betriebe wirksam veräußert werden können, daß aber für beide Teile Vorsicht geboten ist. Jeder Teil erlangt nur dann das ihm Gebührende, wenn Zug um Zug erfüllt wird, wenn also die eine dingliche Leistung gegen die andere ausgetauscht wird. Zug um Zug gegen die Auflassung muß das Kaufgeld gezahlt oder die Grundschuld (in Höhe des Kaufgeldes) bestellt werden, letztere mit der Bedingung, daß der Eigentumswechsel nicht ohne gleichzeitige Eintragung der Grundschuld eingetragen werden dürfe. Sonst gilt nur das Erfüllte; auf Erfüllung der noch ausstehenden Leistung kann nicht geklagt werden. — **c**) SächsA. **15** 104 (Dresden). Die Erfüllung eines gegen die guten Sitten verstoßenden Grundgeschäfts (Kaufgeschäft) ist noch nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten, dies wenigstens so lange nicht, als die erfüllende Partei dem Grundgeschäfte rechtliche Wirksamkeit beilegt und die andere Partei sich in dieser Beziehung gleichfalls in gutem Glauben befindet. Bei einem Bordellverkaufe kann der Verkäufer nach Auflassung des Bordellgrundstücks nicht auf Rückgabe des Kaufgegenstandes wegen ungerechtfertigter Bereicherung klagen (s. JDR. **3** § 817 Ziff. 5). Vgl. ferner über Bordellverkauf OLG. Bamberg, SeuffBl. **05** 613.

2. *Schröder, ACivPrax. **97** 387 f.: Die Grundsätze des § 817 BGB. sind bei strafrechtlicher Verfolgung von Betrugsdelikten zur Verneinung einer Vermögensbeschädigung nicht zu verwerten, wie dies durch das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen geschieht.

3. OLG. **10** 135 (Colmar). Benutzt der durch eine Straftat Geschädigte die Notlage des Täters, um Vermögensvorteile über den Umfang des Schadens hinaus zu erlangen, so kann hierin eine Widerrechtlichkeit liegen. In solchem Falle würde wegen der Widerrechtlichkeit des erstrebten und erreichten Zweckes auch bei Anwendung an sich erlaubter Mittel ein Erstattungsanspruch (§ 817) gegeben sein.

§ 818. 1. *Baring, SächsA. **14** 670 f., **15** 149. Die Wegnahme einer Einrichtung auf Grund des § 818 ist auch in den Fällen der §§ 946 ff. zulässig. Dabei ist zwar § 226 und dem Gedanken nach auch § 258 anwendbar, nicht aber § 997 Abs. 2 BGB. Wegnahme nur, wenn die Einrichtung Verkaufswert hat. Verschiedenheit jener Wegnahme von der ausdrücklich in den §§ 500, 547 usw. gestatteten. Anwendung jener Sätze auf Einrichtungen des beauftragten und auftraglosen Geschäftsführers und anderer, insbes. des Finders und im Falle des § 304 BGB.

2. **RG. 60** 284, JW. **05** 280, BankA. **4** 141 (vgl. oben § 812 Ziff. 5). Wenn ein Geisteskranker eine Bank, ohne daß ihr ein Verschulden zur Last fällt, zu einer beiderseits von vornherein in Aussicht genommenen fortgesetzten Tätigkeit für seine Rechnung veranlaßt, so ist bei der Frage der Bereicherung das Gesamtergebnis dieser Tätigkeit ins Auge zu fassen.

3. Zu Abs. 3. **a**) R. **05** 618 (Kiel): Die Bereicherungsklage wird durch § 818 Abs. 3 BGB. nicht ausgeschlossen, wenn der Beklagte wegen Erlangung der Bereicherung einen anderen Vermögensgegenstand aufgegeben hat, aber in der Lage ist, diesen auf Grund des § 812 BGB. zurückzufordern. — **b**) **RG.** SächsA. **15** 67. Die Beweislast aus § 818 Abs. 3 BGB. trifft nicht den auf Herausgabe der Bereicherung Berechtigten, sondern den hierzu Verpflichteten.

Fünfundzwanzigster Titel. Unerlaubte Handlungen.

Vorbemerkung: Auch in diesem Berichtsjahre ist die Lehre von den unerlaubten Handlungen in zahlreichen Abhandlungen und Aufsätzen sowie in der Rechtsprechung Gegenstand der Erörterung gewesen. Die §§ 823 und 826 werden von der Literatur und be-

sonders von der Judikatur herangezogen, um die Lücken in der Gesetzgebung auszufüllen. Es ist schon in den Vorbemerkungen der Vorjahre darauf hingewiesen worden, wie gerade für Fragen des gewerblichen Lebens diese Bestimmungen von hoher Wichtigkeit sind. Die der Entwickelung des modernen Geschäftslebens und der Industrie sich anschließende Rechtspflege spiegelt sich gerade in der Anwendung der Bestimmungen dieses Titels am deutlichsten wieder. — Unter den wissenschaftlichen Arbeiten verdienen an erster Stelle die umfassenden Arbeiten Weyls und Trägers hervorgehoben zu werden. Beide Arbeiten sind bereits an vielen Stellen dieses Jahrganges angeführt. Weyls tiefgehende, von einem erstaunlichen Fleiße zeugende Arbeit befaßt sich mit allen den vorliegenden Titel betreffenden Fragen; Trägers Schrift, die bereits aus dem Jahre 1904 stammt, erörtert im Zusammenhange mit der Frage des Kausalnexus die Haftungsgründe eingehend. Auch zu Einzelfragen liegt wiederum eine Reihe beachtenswerter Aufsätze vor. — Aus den gleichen Gründen wie bisher (vgl. Vorbemerkung JDR. 3 zum 25. Titel) ist auch in diesem Jahre den einzelnen Bestimmungen eine Vorgruppe vorangeschickt, welche die für die unerlaubten Handlungen gemeinsam in Betracht kommenden Gesichtspunkte enthält. — Hinsichtlich der Verweisungen auf die §§ 249, 276 kann auf die früheren Vorbemerkungen hingewiesen werden. Es ließ sich in einzelnen Fällen nicht vermeiden, an anderen Stellen abgedruckte Entscheidungen, wenn auch in anderer Form in diesen Titel aufzunehmen.

Was einzelne Fragen betrifft, so mag aus der Vorgruppe zunächst auf die Entscheidung des RG. hingewiesen werden, welche sich mit dem Begriffe der unerlaubten Handlung befaßt (zu §§ 823 ff. Ziff. 1c). Die Frage der Konkurrenz der Ansprüche aus Verträgen und Delikten behandeln eingehend Prym, v. Blume und Golde. Der Ansicht, daß im allgemeinen die Konkurrenz zu bejahen ist, wird man sich anschließen müssen. Die schon so oft behandelte Frage, ob die Verletzung obligatorischer Rechte haftbar mache, ist im Berichtsjahre Gegenstand einer vorzüglichen Abhandlung von Chr. Fischer gewesen. Die Rechtsprechung des RG. verhält sich ständig ablehnend gegen die Bejahung. Unter den einzelnen Fällen (§ 823 Abs. 1 Ziff. 9) nehmen den breitesten Raum die Erörterungen ein, welche sich mit der Haftpflicht der Gemeinden für die Verkehrssicherheit der Wege und Straßen beschäftigen, sowie diejenigen, welche die Haftung der Gastwirte und Grundeigentümer betreffen. Über die letztgenannte Frage ist ein eingehender Aufsatz von Brückner erschienen. Der vom RG. aufgestellte Satz, daß derjenige, welcher sein Haus dem Verkehr öffnet, für die Sicherheit dieser Räume haftet, ist in die communis opinio übergegangen. Hingewiesen sei auf das Urteil des RG. über die Haftung für Automobile (§ 823 Ziff. 9aa). — Beachtenswert ist die Entscheidung des RG., abgedruckt zu § 824 Ziff. 5, welche eine Klage auf Widerruf einer Beleidigung nicht für zulässig erachtet. — Die Entscheidungen zu § 826 betreffen zahlreiche Fragen. Besonderes Interesse werden wohl wiederum die den gewerblichen Lohnkampf behandelnden beanspruchen dürfen (§ 826 Ziff. 8). — Zu § 830 ist die Abhandlung von Rumpf zu erwähnen. — Reichhaltig wie stets bisher ist auch im Berichtsjahre wieder das Material zu § 833. Die Abhandlungen von Kluge, Stierle (dessen Selbstbericht abgedruckt wurde, während im Vorjahre der vom Redaktor angefertigte Bericht mitgeteilt war), Schmoller, Fischer, Danz, Litten sind besonders an dieser Stelle hervorzuheben. Beachtenswert erscheint die Tendenz, die Haftung des § 833 dann auszuschließen, wenn ein Vertragsverhältnis anzunehmen ist (vgl. §§ 833 Ziff. 9). Auch die Erwägungen, wann von einer „Tierestat“ nicht mehr gesprochen werden kann, verdienen Beachtung. Diese beiden letztgenannten Strömungen in der Auslegung des § 833 sind sehr wohl geeignet, einer Abänderung des § 833 entgegenzuwirken. Die Stimmen, welche Abänderungsvorschläge machen, mehren sich; eine Novelle zum BGB. ist — leider! — bald zu erwarten. — Hinzuweisen ist auf die Judikatur des RG. zu § 834. — Zu § 839 ist die Abhandlung von Josef beachtlich. — Eine Reihe sehr wichtiger Erkenntnisse des RG. liegt zu den §§ 843 und 844 vor über die Berücksichtigung späterer Gestaltung der Verhältnisse, welche für die Dauer und den Umfang des Rentenanspruchs maßgebend sind.

Literatur: v. Blume, Vertragshaftung und Deliktshaftung. Tiergefahr und Vertragsgefahr, R. **05** 481. — Brückner, Die Haftpflicht derjenigen, welche die ihrer Verfügung unterstehenden Räume dem öffentlichen Verkehre gewidmet haben, für die ordnungsmäßige und verkehrssichere Beschaffenheit dieser Räume, R. **05** 330, 353. — Dernburg, Privatrechtlicher Schutz der Ehre, JW. **05** 161. — Dronke, Einfluß des Verschuldens von Angestellten des Beschädigten auf die Haftung des Eisenbahnunternehmers, EisenbE. **21** 413. — O. Chr. Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs). Jena 1905 — Robert Fischer, Tierhalter, Tierschaden, HirthsAnn. **05** 688. — Golde, Das Verhältnis der Haftung aus unerlaubten Handlungen zur Haftung für vom Schuldner zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit einer Leistung, Bernhöft Beitr. Heft 6 394. — Hausmann, Findet § 833 auf Bazillen Anwendung? GruchotsBeitr. **49** 286. — Hinze, Einwand des Verschuldens des Vaters usw., EisenbE. **21** 401. — Höninger, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, DJZ. **05** 1005. — Jebens, Die Haftung der Gemeinde für ihre Vertreter, PrVerwBl. **05** 1. — Josef, Kaltabbrennen, R. **05** 41. — Kluge, Die volkwirtschaftlichen Grundlagen für die Haftung des Tierhalters im BGB. Jena 1905. — Kuhlenbeck, Der Selbstmord im Strafrecht und im bürgerlichen Recht, BayRpflZ. **05** 65. — Litten, Zur Abänderung des § 833 BGB., DJZ. **05** 339. — Hugo Neumann, Zur gesetzgeberischen Haftung des Tierhalters, JW. **05** 193. — Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung. Berlin 1905. — Rehbein, Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten, DJZ. **05** 1109. — Rumpf, Die Teilnahme an einer unerlaubten Handlung im BGB. (1905). — Schmoller, Über den Kausalzusammenhang beim Tierschaden, ACivPrax. **98** 1. — Siber, Zur Haftpflicht für Tiere und Automobile, DJZ. **05** 138. — Stierle, Die Haftung für Tiere im BGB. Stuttgart 1904. — Träger, Der Kausalbegriff im Strafrecht und Zivilrecht. Marburg 1904. — Werner, Die Schadensberechnung bei arglistiger Verleitung zum Vertragsschlusse, R. **05** 303. — Westrum, Die Haftung des Tierhalters, JW. **05** 274. — Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905.

Zu §§ 823 ff. 1. Begriff der unerlaubten Handlung.

a) *Weyl 89 ff., 257 ff., 263. Unerlaubte Handlung ist die vorsätzlich oder fahrlässig, m. a. W. schuldhaft begangene widerrechtliche Handlung, durch die einem anderen ein Schaden zugefügt wird. Die einzelnen Arten von unerlaubten Handlungen, welche im 25. Titel angeführt werden, lassen sich in zwei große Gruppen zerlegen, je nach dem im Gesetz normierten Tatbestande die „unerlaubte Handlung" auf ein menschliches Tun bzw. Unterlassen zurückzuführen ist oder nicht.

*Weyl 258 ff., 261. Der Ausdruck „unerlaubte Handlungen" in der Überschrift des 25. Titels ist nicht zutreffend (wegen des nicht streng durchgeführten Verschuldensprinzips). Die Frage, ob das BGB. den allgemeinen Deliktsbegriff kennt, wird zu verneinen sein (263).

b) *Rumpf 23. Unerlaubte Handlungen sind enthalten in allen Tatbeständen des BGB., der sonstigen Reichsgesetze und der Landesgesetze, in denen es sich um die Entstehung eines außervertraglichen Schadens aus widerrechtlichem Verhalten handelt, wenn dies Verhalten entweder schuldhaft ist oder aus dem Gedanken der Gefährdungshaftung eine Verantwortlichkeit begründet. ➳ Neuerdings sieht auch das RG. in den objektiven Deliktstatbeständen der §§ 833 und 835 BGB. echte unerlaubte Handlungen; vgl. für die Wandelung des Standpunkts des RG.: **RG. 50** 409; **53** 114; **58** 335; JW. **05** 289, 317. ⇠

c) **RG. 60** 300 ff, 304, JW. **05** 317, DJZ. **05** 554; vgl. **RG.** JW. **05** 734 (s. unten zu § 840). Das RG. hält an der in dem Erkenntnisse **50** 408 gegebenen Erklärung des Begriffs der unerlaubten Handlung nicht fest. Es führt aus: Es läßt sich nicht sagen, daß die Bestimmungen der §§ 829, 833, 835, die eine Haftung aus objektiven Tatbeständen wegen einer vorliegenden Anstandspflicht oder wegen eines gefährlichen, von dem Ersatzpflichtigen unterhaltenen Zustandes festsetzen, nur rein äußerlich dem Titel des Gesetzbuchs über die unerlaubten Handlungen eingefügt worden seien; sie sind durch diese Einfügung auch den allgemeinen Vorschriften des Titels über die rechtlichen Folgen

der unerlaubten Handlungen, insbesondere über das Verhältnis mehrerer Haftpflichtigen zum Verletzten und zueinander und über die Verjährung der Forderungen unterstellt; die aus ihnen sich ergebenden Verpflichtungen werden gleich denen aus anderen unerlaubten Handlungen behandelt; daraus ergibt sich dann auch, daß das BGB. in den Bestimmungen des Titels von den unerlaubten Handlungen, deren Begriff in einem weiteren, von dem bisherigen Sprachgebrauche abweichenden Sinne verstanden wissen will. Das Urteil des **RG. 53** 114 (JDR. **2** § 840) hat deshalb kein Bedenken getragen, dem § 840 gleichden, wie das Gesetz unmittelbar ergibt, in dasselbe einzubeziehenden Tatbeständen der §§ 833 und 835, auch denjenigen des § 1 HaftpflG. zu unterstellen; ebenso die Entscheidung **58** 335, wo weiter ausgeführt ist, daß, wenn auch der aus dem § 1 HaftpflG. zum Schadensersatze Verpflichtete im Sinne des § 840 Abs. 3 als „Dritter" anzusehen, er doch nicht den neben diesem Dritten für den Schaden verantwortlichen Personen einzureihen sei, weil es sich hier um im Gesetze bestimmt bezeichnete Delikte handle, und eine Erweiterung dieses Kreises vom Gesetze nicht beabsichtigt sei. Auch in Ansehung des § 32 ZPO. sind die Tatbestände der §§ 833, 835 und des § 1 HaftpflG. gleich zu behandeln.

d) **RG. 60** 313, JW. **05** 289. Der Begriff der unerlaubten Handlung hat im § 840 Abs. 1 die gleiche weitere Bedeutung, wie in der Überschrift des 25. Titels.

2. Nichterfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten. JDR. **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 2.

WürttJ. **17** 163 ff., 167 (Stuttgart). Auf die Verletzung von Vertragspflichten finden die Vorschriften der §§ 823 ff. keine Anwendung.

3. Kausalzusammenhang (vgl. oben § 249 Ziff. 3, wegen Träger Ziff. 3 b; JDR. **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 4).

BadRpr. **05** 13 (Karlsruhe). Der Kausalzusammenhang ist nicht dadurch bedingt, daß der eingetretene Unfall die unmittelbare und notwendige Folge der in Betracht kommenden Handlung oder Unterlassung ist. Es genügt, wenn der eingetretene Unfall die wirkliche, wenn auch erst durch Hinzutritt anderer Umstände ermittelte Folge der fraglichen Handlung oder Unterlassung ist.

OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 3, SeuffA. **60** 466. Ein Rechtssatz, daß, wenn das Verschulden einer Partei feststeht, welches den eingetretenen Schaden verursacht haben kann, eine Vermutung dafür besteht, daß der entstandene Schaden auch tatsächlich Folge jenes Verschuldens gewesen sei und es daher Sache desjenigen, welcher für die Folgen des Verschuldens verantwortlich ist, sei, seinerseits nachzuweisen, daß der entstandene Schaden nicht auf das Verschulden zurückgeführt werden könne, besteht nicht. Der Geschädigte muß vielmehr den Kausalzusammenhang nachweisen. Über die Frage des Vorhandenseins des Kausalzusammenhanges entscheidet das Gericht nach § 287 ZPO. Vgl. JDR. **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 4 b.

RG. JW. **05** 690. Unfall eines Schülers beim Turnen; späterhin aufgetretene Hüftgelenkentzündung; dem Knaben innewohnende Disposition zu der Krankheit. Das den ursächlichen Zusammenhang verneinende Erkenntnis des OLG. ist aufgehoben mit der Erwägung: Wurde der Erfolg durch schuldhaftes Handeln des Beklagten (Turnlehrers) in Verbindung mit der dem Kläger innewohnenden Disposition herbeigeführt, so genügt es, daß das schuldhafte Handeln mitwirkende Ursache gewesen ist. Die Möglichkeit, daß der Kläger vermöge der ihm innnewohnende Disposition die Erkrankung auch dann sich zugezogen hätte, wenn ein Verschulden nicht vorläge, kann zur Verneinung des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Verschulden und Erkrankung nicht führen.

Rau, ZVersWiss. **05** 34 ff., 40 ff. Kausalzusammenhang bei Unfällen. Vermittelung der Unfallfolge durch andere Umstände.

OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 100 f. schon JDR. 2 zu §§ 823 ff. Ziff. 8.

Fälle von fehlendem Kausalzusammenhange: **RG.** JW. **05** 528; **RG.** JW. **05** 44; vgl. oben § 254 Ziff. 6 b, LG. Magdeburg, NaumburgAK. **05** 61.

4. Verschulden (vgl. JDR **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 5).

a) Schuldhaftung oder Erfolghaftung?

α. Träger 193. Das bürgerliche Recht steht bezüglich der Haftung wegen außerkontraktlichen Schadens grundsätzlich auf dem Standpunkte des Verschuldungsprinzips, nicht auf dem des Kausalitäts- oder Veranlassungsprinzips. Das Verschulden braucht sich aber nicht auf den Erfolg in seinem ganzen Umfange zu erstrecken, der Täter haftet vielmehr auch bezüglich des Schadens, den er nicht schuldhaft verursacht hat. Man kann dieser Tatsache den Ausdruck geben: im bürgerlichen Rechte sind hinsichtlich der Haftung alle Delikte durch den bloßen — unverschuldet herbeigeführten — Erfolg qualifiziert.

β. *Weyl 260 ff. Wenn man die Frage, ob die „unerlaubten Handlungen" i. S. des BGB. ein Verschulden voraussetzen, einheitlich beantworten will, so wird man sich zugunsten des Verschuldensprinzips zu entscheiden haben. Die §§ 833 und 835 sind als leges fugitivae zu bezeichnen. Das Verhältnis der unerlaubten Handlungen zum Verschulden geht des genaueren dahin, daß die unerlaubten Handlungen spezielle Anwendungsfälle des Verschuldens oder richtiger gesagt Spezialfälle der auf Verschulden aufgebauten, ein Verschulden voraussetzenden Tatbestände sind. Unerlaubte Handlungen und unsittliche brauchen nicht zusammenzufallen. Unerlaubte Handlungen und Pflichtverletzungen gehen nicht nur in ihren Voraussetzungen, sondern auch in ihren Rechtsfolgen weit auseinander, da die Rechtsfolgen der unerlaubten Handlungen fast ausschließlich in Schadensersatzpflicht bestehen, die der Pflichtverletzungen dagegen sich auch nach allerhand anderen Richtungen äußern. Unerlaubte Handlung und verbotene Eigenmacht 268 und unerlaubte Selbsthilfe 269.

γ. **RG.** JW. **05** 430. Das BGB. hat grundsätzlich daran festgehalten, daß eine Schadensersatzpflicht nur dann begründet ist, wenn denjenigen, der den Schaden herbeigeführt hat, ein Verschulden trifft. Nur in besonderen Fällen läßt es aus Gründen verschiedener Art eine Haftung für verursachten Schaden auch aus schuldlosen Rechtsverletzungen entstehen.

b) *Prym 47. Erlaß der Folge eines Delikts vor seiner Begehung ist nicht ohne weiteres als den guten Sitten zuwiderlaufend anzusehen (gegen Endemann § 200 Note 13 a. E. und § 168 Note 19, O. Chr. Fischer 119 und Rehbein I 185). Verf. wendet sich gegen die Ansicht Cohns, GruchotsBeitr. **47** 224, die Möglichkeit eines solchen Erlaßvertrags bloß auf den Verstoß gegen ein Schutzgesetz zu beschränken.

c) Träger 195. Der Fahrlässigkeitsbegriff des bürgerlichen Rechtes ist im Gegensatze zum herrschenden strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffe objektiver, nicht subjektiver Natur.

d) BraunschwZ. **05** 4 (Braunschweig). Bei Jugendlichen ist, nachdem ihre Zurechnungsfähigkeit festgestellt ist, wenn es sich um ein Fahrlässigkeitsdelikt handelt, die Fahrlässigkeit nach dem Maßstab ihrer Einsichtsfähigkeit zu prüfen.

e) Dolus eventualis. *Weyl 398 f. Das Anwendungsgebiet des dolus eventualis ist im bürgerlichen Rechte weit kleiner als im Strafrechte, weil das BGB. den Vorsatz mit der Fahrlässigkeit gleich behandelt und, wenn im Einzelfalle das Vorhandensein des Vorsatzes zweifelhaft ist, gewiß das der groben Fahrlässigkeit um so zweifelloser gegeben ist. Immerhin bleibt der dolus

eventualis für diejenigen Normen von Interesse, in denen das BGB. mit dem Vorsatz allein operiert.

f) RG. JW. 05 528. Überreden zur Beteiligung an einem gefährlichen Unternehmen, — s. o. zu § 276 Ziff. 6 e.

g) RG. DJZ. 05 698. Fahrlässigkeit liegt in dem offen Stehenlassen eines geladenen Gewehrs. Die Erfahrung lehrt, daß eine offen dastehende Büchse von Dritten für ungeladen gehalten wird.

h) Konkurrierendes Verschulden s. oben § 254.

BadRpr. 05 63 (Karlsruhe. Konkurrierendes Verschulden der überfahrenen Person.

i) Haftung ohne Verschulden.

RG. PucheltsZ. 05 141 (els.-lothr. R.). Schadensersatz des durch öffentliche Arbeiten in seinem Vermögen Geschädigten auch ohne Nachweis eines Verschuldens des Unternehmers.

5. Widerrechtlichkeit.

*Prym 31—39. Widerrechtlichkeit im deliktischen Sinne hat zur Voraussetzung die Verletzung allgemeiner, zwischen allen Personen bestehender Rechtsanforderungen. Deshalb ist ein negatives Verhalten, ein Unterlassen kein Delikt, wenn die Pflicht zum positiven Verhalten, zum Tun nur durch eine Obligation auferlegt ist. Das Unterlassen verstößt aber gegen eine allgemeine Rechtsanforderung nicht nur, wenn eine positive Handlung vorangegangen, sondern auch dann, wenn eine besondere Situation geschaffen ist, welche die Fortsetzung des Tuns als pflichtmäßig fordert; hier also neben der Vertragsverletzung auch Delikt.

6. Klagenkonkurrenz. JDR. 3 zu §§ 823 ff. Ziff. 7. Vgl. o. zu § 276 Ziff. 6a, § 278 Ziff. 3.

a) *Prym 16, 25ff. Die Ansprüchekonkurrenz setzt voraus, daß der äußere Vorgang sämtliche Tatbestandsmerkmale sowohl der Vertragsverletzung als auch der unerlaubten Handlung umfaßt. Die Notwendigkeit dieser Voraussetzung ist zwar prinzipiell anerkannt, wird aber im einzelnen häufig übersehen; insbesondere der Einfluß der Vertragsberedung auf den deliktischen Tatbestand nicht berücksichtigt, oder überschätzt. Dieser Einfluß kann sich auf die objektive Widerrechtlichkeit und auf das subjektive Verschulden beziehen; auf die objektive Widerrechtlichkeit insofern, als aus dem Vertragsverhälnisse die Einwilligung zu dem Eingriff in das deliktisch geschützte Rechtsgut zu dem schadenbringenden Erfolge hergeleitet werden kann. Solche Einwilligung ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Schuldner für den herbeigeführten Erfolg, den entstandenen Schaden, haftet. Soweit aber Einwilligung zum Erfolge des Verhaltens fehlt, ist die Widerrechtlichkeit stets gegeben: Der Gläubiger begnügt sich nicht mit seinem Schadensersatzanspruch; er willigt nicht ein trotz dieses Anspruchs. Auf das subjektive Verschulden bezieht sich der Einfluß des obligatorischen Verhältnisses insofern, als ein Verhalten, das an sich fahrlässig ist, mit Rücksicht auf die Vertragsberedung aber der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entspricht, auch unter dem Gesichtspunkte des Delikts niemals schuldhaft ist. Es kann also das Tatbestandsmerkmal des Verschuldens überhaupt mit Rücksicht auf die Vertragsberedung vollständig wegfallen. — Dagegen ist ein Einfluß auf den Grad des Verschuldens bei gesetzlicher Haftungsbeschränkung (z. B. §§ 599, 300!) ausnahmslos nicht vorhanden; bei vertraglicher Haftungsbeschränkung kann unter Umständen der in erster Linie für das obligatorische Verhältnis bestimmte Erlaß im voraus für einen gewissen Grad des Verschuldens auch den Erlaß der Haftung für deliktisches Verschulden enthalten (39—51). Umfaßt der Vorgang den Tatbestand des Delikts und der Vertragsverletzung, so entsteht ein

Delikts- und Vertragsanspruch. Der Deliktsanspruch ist auch dann gegeben, wenn die vertragliche Haftung durch Gesetz (§§ 690, 521, 300 usw.) oder durch Vertrag (§ 276 Abs. 2) auf schwerere Schuldarten eingeschränkt ist (gegen v. Liszt, Deliktsobligationen 14).

b) *v. Blume, R. **05** 481, bespricht die Entscheidungen des **RG. 54** 73 ff., **50** 244 ff., sowie in JW. **05** 392, 432. Er kommt dabei, im Gegensatze zum RG., zu dem Ergebnisse: Ob die Anwendbarkeit des Vertragsrechts die Anwendung des Deliktsrechts ausschließt, hängt davon ab, ob die zu beurteilende Handlung innerhalb der Grenzen der Vertragsrechte und -Pflichten liegt. Ist letzteres der Fall, so ist die Anwendung der Bestimmungen über die unerlaubten Handlungen ausgeschlossen. Vorsätzliche Verletzungen einer Vertragspflicht liegt auf der Grenze, kann daher auch nach Deliktsrecht beurteilt werden. Fahrlässige Verletzungen einer Vertragspflicht aber können nicht zugleich eine allgemeine Rechtspflicht verletzen, weil diese Handlungen unter dem besonderen Rechte des Vertrags stehen.

c) Golde, Bernhöft u. Binders Beitr. Heft 6 394 ff., — s. auch o. zu § 280 Ziff. 1 b — wendet sich gegen Endemann, welcher (Einführung I[7] 907) die Konkurrenz der Ansprüche aus Verträgen und unerlaubten Handlungen leugnet, sowie gegen v. Liszt, welcher (Deliktsobl. 13 f., JDR. **1** vor § 823 Ziff 9) annimmt, daß dort, wo die Haftung aus Vertrag eingeschränkt (d. h. auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt) ist, auch der Deliktsanspruch eingeschränkt werden müsse. Verf. folgert dies aus § 276. Diese Bestimmung gilt nur für Fälle, in denen schon ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien zur Zeit des zum Schadensersatz verpflichtenden Verhaltens des Schuldners vorliegt, nicht auf solche, wo durch solches Verhalten erst eine Obligation entsteht. Es ergibt sich, daß eine Einschränkung der Haftung auf schwerere Schuldarten für den Fall nachträglicher Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung nicht auf die Haftung wegen unerlaubter Handlungen einen beschränkenden Einfluß hinsichtlich des Verschuldens ausübt.

d) *Weyl 267 f. Trotz der begrifflichen Verschiedenheit von unerlaubter Handlung und Vertragspflicht können gerade wegen der in dem Verschulden liegenden Identität der Voraussetzungen sehr wohl beide Begriffe im Einzelfalle konkurrieren. Für solche Fälle ist zu sagen, wenn ein und dieselbe schuldhafte Handlung sowohl ein Delikt wie eine Vertragsverletzung enthält, löst der gemeinsame Tatbestand auch beide Rechtsfolgen aus; und zwar — abgesehen von der Folge, daß, soweit beide Ansprüche sich decken, mit Befriedigung des einen auch der andere getilgt wird — jede der beiden Rechtsfolgen selbständig für sich und ohne Beeinflussung der anderen, so daß also z. B. die Haftung aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung keineswegs beeinträchtigt wird durch den Umstand, daß die Folgen der Kontraktsverletzung im Einzelfall auf Vorsatz allein oder Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit abgestellt sind.

e) LG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 121 ff., 123, tritt der Auffassung bei, wonach neben dem Vertragsanspruch ein Anspruch wegen der unerlaubten Handlung entsteht, wenn die Verletzung einer Vertragspflicht zugleich, vom Vertrag abgesehen, den Tatbestand eines Delikts enthält, in welchem Falle jeder dieser Ansprüche den ihm eigentümlichen Rechtssätzen, z. B. in bezug auf die Verjährung untersteht. Auch das OLG. Hamburg hatte in einer früheren Entscheidung angenommen, daß ein Schadensersatzanspruch sowohl aus dem Vertrag als auch aus einer unerlaubten Handlung begründet werden kann. Wann eine solche Konkurrenz der Ansprüche vorliegt, soll von dem Willen der Kontrahenten abhängen. Und als Parteiwille, meint das OLG., müsse im Zweifel angenommen werden, daß eine Haftung ausschließlich aus dem Vertragsverhältnisse

namentlich dann gewollt sei, wenn Handlungen in Frage stehen, welche in Erfüllung des Vertrags vorgenommen worden seien. Allein, so führt dagegen das LG. aus, die Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen tritt an sich unabhängig vom Parteiwillen ein und wenn auch die Haftung für außervertragliches Verschulden in gewissen Grenzen durch Vereinbarung ausgeschlossen werden kann, so bedarf es dazu doch einer ausdrücklichen Vereinbarung und es darf nicht eine stillschweigende Vereinbarung dieser Art in einen Vertragsschluß hinein interpretiert werden, bei dem die Kontrahenten an die Möglichkeit der Konkurrenz der Ansprüche offenbar gar nicht gedacht haben.

f) R. **05** 646 (Breslau). Der § 823 BGB. kommt auch dann zur Anwendung, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht, vorausgesetzt, daß das Verhalten des Beklagten nicht bloß als Verletzung seines von der Klägerin behaupteten Vertragsverhältnisses ihr gegenüber sich darstellt. Als durch § 823 Abs. 1 geschütztes Rechtsgut gilt auch der Besitz. Indem der Beklagte (es war Streit, ob er bloßer Rollfuhrmann oder Frachtführer war) trotz des auf den Absender lautenden Frachtbriefs die mit Fracht gesandten Öfen einem Dritten (dem Käufer der Öfen) aushändigte, verletzte er fahrlässig den Besitz des Klägers und muß den dadurch entstandenen Schaden dem Kläger ersetzen.

g) BadRpr. **05** 49 (Karlsruhe) erklärt die Konkurrenz von kontraktlichen und außerkontraktlichen Schadensersatzansprüchen für zulässig. Vgl. unten § 823 Abs. 1 Ziff. 9 d α.

h) Vertragshaftung und außerkontraktliche Haftung vgl. § 278 Ziff. 3. Werner, R. **04** 550: BGB. § 831 Vertragshaftung und außerkontraktliche Haftung.

7. Klage auf Unterlassung. Vgl. JDR. **3** zu §§ 823 ff. Ziff. 8.

a) **RG.** JW. **05** 174 wiederholt den bereits mehrfach ausgesprochenen Satz (**RG. 48** 118; **56** 286; **57** 242), daß, wenn das Gesetz auch nur von Schadensersatz spricht, der durch eine unerlaubte Handlung Verletzte hierauf nicht beschränkt ist, sondern daß ihm auch ein Anspruch auf Unterlassung wenigstens da zu gewähren ist, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde und weitere Eingriffe zu besorgen sind.

b) **RG. 60** 6, JW. **05** 140 (vgl. unten § 824 Ziff. 3). Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind; das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht, ebenso die Wahrnehmung berechtigter Interessen.

c) **RG. 60** 1, JW. **05** 141, BayRpflZ. **05** 129. Die abfällige öffentliche Kritik eines sog. Geheimmittels, insbes. eines kosmetischen Mittels, begründet keinen Anspruch auf Unterlassung und Unterdrückung der Veröffentlichung und auf Schadensersatz.

d) Einzelne Fälle.

RG. 60 1 ff., JW. **05** 141, BayRpflZ. **05** 129. Unterlassungsklage aus §§ 823, 824, 826. **RG. 60** 6 vgl. zu § 824 Ziff. 3. **RG.** SächsA. **15** 209; HansGerZ. **05** Hptbl. 213 ff., 215, 40. Vgl. Eltzbacher, R. **05** 71.

8. Publikationsbefugnis (vgl. auch zu § 824).

UnlW. 5 25 (Köln). Bei Verurteilungen, die auf Grund der Bestimmungen des BGB. über unerlaubte Handlungen ergangen sind, kann gemäß § 249 die Publikationsbefugnis angeordnet werden.

9. Verhältnis zu anderen Gesetzen.

a) OLG. **10** 153 (Kiel). Durch § 135 GewUVersG. sind alle Ansprüche gegen den Betriebsunternehmer aus einem Unfall, abgesehen von der statuierten

besonderen Ausnahme, ausgeschlossen, mögen sie auf Pflichtverletzungen oder auf die Bestimmungen über das Halten eines Tieres gestützt werden.

Kißkalt, BayRpflZ. **05** 97. Durch § 135 GewUVersG. werden alle Schadensersatzansprüche aus Delikten ausgeschlossen.

b) Ueber die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche der Beamten und Unfallfürsorgegesetzgebung im Reiche und in Preußen vgl. Schöller, R. **05** 665.

10. **RG. 60** 363, JW. **05** 342, DJZ. **05** 603. Unerlaubte Handlung, begangen durch Verbreitung eines Preßerzeugnisses. Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nur für den am Verbreitungsort entstandenen Schaden. Vg. § 32 ZPO.

11. Beweislast.

RG. R. **05** 681. Wenn jemand die von dem Polizeigesetze gebotene Tätigkeit, z. B. das Bestreuen der Straße bei Eisglätte, unterlassen hat, so ist zunächst der Schluß begründet, daß er seine Pflicht nicht getan, also schuldhaft gehandelt habe. Seine Sache ist es, diesen Schluß durch den Nachweis zu widerlegen, daß er das getan habe, was geeignet war, die Ausführung der vom Gesetze geforderten Verrichtung zu sichern. Er kann zwar unter Umständen die ihm auferlegte Handlung durch andere Personen ausführen lassen, muß dann aber dafür sorgen, daß der diesen erteilte Auftrag auch ausgeführt werde. Der von ihm zu erbringende Entlastungsbeweis muß sich deshalb zugleich darauf richten, daß er auch nach der letzteren Richtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, daß er also taugliche Personen ausgewählt, die erforderlichen Gerätschaften bereit gestellt und die etwa erforderliche Aufsichtsführung veranlaßt habe.

§ 823. I. Abs. 1.

1. § 823 und § 826. *Rumpf 71 f. Wenn ein konkreter Tatbestand unter zwei Rechtsnormen fällt, die zueinander im Verhältnisse der lex specialis zur lex generalis stehen, so kommt nur die lex specialis zur Anwendung. ➛ Dies ist nur regelmäßig, nicht immer richtig, z. B. gegenüber der allgemeinen Norm des § 826 BGB. ⟵

2. HansGZ. **05** Beibl. 41 ff., 43 (Hamburg). Der Abs. 1 des § 823 schützt nicht die gesamte Rechtssphäre einer Person, sondern nur bestimmte Rechtsgüter.

3. Träger 197. Die haftungbegründende Tatsache im Falle des § 823 Abs. 1 ist die schuldhafte Verletzung der daselbst aufgeführten Rechte und Rechtsgüter. Die an der Verletzung dieser sich anschließenden Folgen brauchen nicht mehr voraussehbar gewesen zu sein.

4. Körperverletzung. Vgl. JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 4.

a) Kuhlenbeck, BayRpflZ. **05** 65. Der Selbstmord kann eine unerlaubte, sittenwidrige Handlung des bürgerlichen Rechtes darstellen, nämlich dann, wenn durch ihn fremde Rechte verletzt werden. Er kann einen rein deliktischen Schadensersatzanspruch begründen, wenn beispielsweise durch seine Vornahme an einem bestimmten Orte, z. B. in fremder Räumlichkeit, fremde Vermögensinteressen geschädigt werden. Als rechtswidrig kann nur der im zurechnungsfähigen Zustande verübte Selbstmord gelten; die §§ 827, 829 BGB. kommen auch für den Selbstmord in Betracht.

b) OLG. Braunschweig (Straff.) DJZ. **05** 752. Ausübung des Züchtigungsrechts für den Vater, s. o. zu § 679 Ziff. 3.

5. Verletzung der Freiheit.

HansGZ. **05** Beibl. 65 (Hamburg), schließt sich in betreff des Begriffs Freiheit dem **RG.** 48 117 (JDR. **1** § 823 Abs. 1 Ziff. 6) an.

6. Verletzung des Eigentums.

a) R. **05** 17 (Frankfurt a. M.). Die Bestimmung richtet sich nicht aus-

schließlich gegen den Eigentümer, sondern gegen jeden, dem tatsächlich im einzelnen Falle die Pflicht zur Verwahrung obliegt.

b) OLG. **10** 137 ff. 140 (Hamburg). Wer den Untergang des Eigentums eines anderen dadurch herbeiführt, daß er dessen Waren auktionsweise verkaufen läßt, obwohl ihm ein Recht auf solche Verfügung nicht zusteht, macht sich ersatzpflichtig.

c) **RG.** EisenbE. **21** 152 s. schon JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 5 b.

d) **RG.** JW. **05** 131, EisenbE. **21** 391. Die preußischen Kleinbahnen sind für die durch den Bahnbetrieb erfolgten Eingriffe in das Grundeigentum, z. B. den durch Funkenflug erfolgten Schaden ersatzpflichtig. Dies folgt aus §§ 75 Einl., 31 I. 8 ALR. in Verb. mit Art. 89 Ziff. 1a und b PrAGBGB.

e) Halten von Bordellen. JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 5d. Vgl. OLG. Celle, SeuffA. **60** 18; **RG.** PucheltsZ. **05** 8, s. unten § 826 Ziff. 3a.

RG. SeuffA. **60** 66 s. schon JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff 5d.

7. Verletzung des Vermögens im allgemeinen (JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 6).

RG. JW. **05** 367, DJZ. **05** 746. Eine allgemeine Haftung für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vermögensschaden gibt es nach BGB. nicht.

RG. **59** 236, JW. **05** 81, DJZ. **05** 169. Fahrlässige Vermögensbeschädigung kann nach § 823 Abs. 2 haftbar machen (vgl. unten Abs. 2).

LG. Magdeburg, NaumburgAK. **05** 75. Der Begriff des Vermögens im allgemeinen ist durch den § 823 Abs. 1 nicht geschützt.

LG. Magdeburg, NaumburgAK. **05** 75 (vgl. JDR. **1** vor § 823 Ziff. 6b). Der Satz, daß man allgemein für fahrlässig verursachten Vermögensschaden hafte, besteht nach dem BGB. nicht.

8. Sonstiges Recht.

a) Verletzung des Gewerbebetriebs (JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 7a).

RG. **60** 344, JW. **05** 430. Ein bereits eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb ist ein unter dem Schutze des § 823 Abs. 1 stehendes Recht. Ein schuldhafter Eingriff in dasselbe macht schadensersatzpflichtig.

Schutz des eingerichteten und bestehenden Gewerbebetriebs vgl. SchlHolstAnz. **05** 17 ff., 19 ff (Kiel). Eine nicht zum Zwecke des Wettbewerbes unternommene Beeinflussung des Abnehmerkreises kann als ein Eingriff in das Recht eines anderen nicht angesehen werden. Das Recht des Gewerbebetriebs umfaßt nicht auch das Recht auf einen unbeeinflußten Abnehmerkreis. Arbeiter, welche bei einem Streik in Flugblättern das Publikum auffordern, die Ware des Arbeitgebers nicht mehr zu nehmen, verletzen kein „Recht" i. S. des § 823 Abs. 1.

b) RheinA. **102** I 73 (Cöln). § 823 Abs. 1 ist nicht anwendbar auf die Verletzung der dem Beamten dem Staate gegenüber obliegenden Dienstpflicht, weil das entsprechende Recht des Staates auf Erfüllung dieser Dienstpflicht nicht als „sonstiges Recht" im Sinne des Abs. 1 angesehen werden kann, da es ebensowenig wie ein privatliches Forderungsrecht ein absolutes Recht ist und nur absolute Rechte durch Abs. 1 geschützt werden.

c) Schutz des Besitzes.

RG. **59** 326, JW. **05** 113. Der Besitz des Mieters kann von dritten Personen, die nicht im obligatorischen Mietverbande stehen, verletzt werden und Schadensersatzansprüche erzeugen. Die Schadensersatzpflicht kann sowohl aus § 823 Abs. 1 als auch aus Abs. 2 des § 823 hergeleitet werden. Es läßt sich die Ansicht rechtfertigen, daß das infolge der Besitzeinräumung von jedermann zu achtende Recht des Mieters auf ungestörte Benutzung der Mietsache zu den mit dem Mietvertrag verfolgten Zwecken, eben weil es von jedermann geachtet werden

muß, zu den absoluten Rechten gehört, von denen § 823 Abs. 1 handelt. Nicht minder läßt sich aber auch die Anwendung des § 823 Abs. 2 rechtfertigen. Das Schutzgesetz wäre § 858 BGB.

d) Josef, R. **05** 41, 42. Hypotheken gehören zu den „sonstigen Rechten" des § 823 BGB. Wer im Bewußtsein und in der Absicht, eine die Sicherheit der Realgläubiger gefährdende Verschlechterung zu bewirken, Zubehörstücke eines Grundstücks beiseite schafft, verletzt das Recht der Hypothekengläubiger und macht sich diesen gegenüber schadensersatzpflichtig.

e) Schutz der Ehre (JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 7e).

α Dernburg, JW. **05** 161. Unter dem „Rechte eines anderen" ist auch das Recht der Integrität seiner Ehre zu verstehen.

β. Marcus, UnlW. **4** 72. Der Vorwurf der Begehung eines Verstoßes gegen das UnlWG. enthält eine Kränkung der Ehre. Der so Verletzte kann gegen den Beschuldigenden vorgehen, auch wenn dieser seine Angriffsbehauptungen als unbegründet bei loyaler Behandlung seines Erwerbsgenossen, bei der Sorgfalt, wie sie durch Treu und Glauben im Verkehre für jeden geboten ist, hätte erkennen können.

γ. **RG**. **60** 1 ff., 5, JW. **05** 141. Die Ehre fällt nicht unter die sonstigen Rechte des Abs. 1.

OLG. **10** 135 (Colmar). § 823 Abs. 1 gewährt keinen Schutz gegen Ehrverletzungen. Ebenso OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 17 ff., 19. Vgl. unten § 826 Ziff. 8a a. E.

f) Schutz des obligatorisch Berechtigten (JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 7f.). Vgl. § 429 Ziff. 1 HGB.

α. *O. Chr. Fischer. Die Verletzung des GlR. als solchen ist keine unerlaubte Handlung i. S. des § 823 Abs. 1 BGB. Es kann jedoch der Gläubiger einen Schadensanspruch gegen den Schuldner sowohl auf die Delikts- wie auf die Vertragsbestimmungen stützen, wenn die schadenbringende Handlung des Schuldners eins der im 25. Titel BGB. geschützten Rechtsgüter trifft und Inhalt und Zweck des Vertrags die Handlung nicht rechtfertigen bzw. als fehlerhafte Ausführung einer durch den Vertrag gestatteten Handlung erscheinen lassen. Dann kommen sowohl die für Vertragsverletzungen als auch die für Delikte geltenden Bestimmungen zur Anwendung und zwar bei Konkurrenz, die dem Gläubiger günstigere. Es entsteht aber nur ein Ersatzanspruch, die mehrfache Begründungsmöglichkeit ändert nichts an der Einheit des Anspruchs. Dies ist prozessualisch für die Frage der Klagänderung wichtig; es liegt grundsätzlich eine Klagänderung nicht vor, wenn der Kläger sich zunächst nur auf die Vertragsverletzung stützt, im Laufe des Rechtsstreits aber ohne Änderung des Klagantrags auch das Deliktsrecht zur Unterstützung heranzieht oder umgekehrt. Die Verletzung des GlR. durch einen Dritten stellt ebenfalls prinzipiell ein privatrechtliches Delikt nicht dar und zwar sowohl aus systematischen, wie aus rechtspolitischen Gründen. Ersatz gewähren die §§ 826, 823 Abs. 2, 830 BGB. und namentlich §§ 281, 323 in Verb. mit § 823 Abs. 1. In letzterem Falle kann der Schuldner bei Zession seines gegen den Dritten Verletzten bestehenden Ersatzanspruchs regelmäßig auch das Interesse seines Gläubigers mitberechnen.

β. *Titze, GoldschmidtsZ. 57 447 (gegen O. Ch. Fischer, Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung). Fällt demjenigen, der den Tatbestand des § 823 erfüllt, gleichzeitig ein obligationswidriges Verhalten zur Last, verletzt er also zugleich eine dem Geschädigten gegenüber eingegangene Schuldverpflichtung, so greifen die Rechtssätze von der kontraktlichen Haftung insoweit Platz, als der zugefügte Schaden mit dem Inhalte der Obligation in einem normalen, inneren Zusammenhange steht. Ebenso aber wie innerhalb dieses Gebiets nur kontrakt-

liche Haftung gilt, kommen da, wo die Schadenszufügung mit dem Inhalte der Obligation in einem losen, regelwidrigen Zusammenhange steht, lediglich die Rechtssätze von der außerkontraktlichen Haftung zur Anwendung (es verkauft jemand schuldhafterweise verdorbene Lebensmittel, an denen der Käufer stirbt).

γ. PosMSchr. **04** 161 (Posen). Der auf Grund des § 823 erhobene Schadensersatzanspruch kann niemals auf Verletzung eines rein obligatorischen Rechtes, sondern nur auf Verletzung bestimmter absoluter Rechte gegründet werden, zu denen auch der Besitz als geschützte Rechtsposition gerechnet wird. Dagegen reicht der bloße Nachweis einer Schädigung des Vermögens als Grundlage der Klage aus § 823 nicht aus.

δ. **RG.** JW. **05** 367, DIZ. **05** 746. Verletzung obligatorischer Rechte durch Dritte begründet keine Schadensersatzpflicht nach § 823 Abs. 1.

RG. **50** 326, JW. **05** 113. Obligatorische Rechte fallen nicht unter § 823 Abs. 1; ebenso OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 40; LG. Lyck, PosMSchr. **05** 64.

RG. SeuffA. **60** 394 (s. schon IDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 7 f.). Dahingestellt läßt die Frage LG. Magdeburg, NaumburgAK. **05** 75.

ε. Ritter, R. **05** 10. Verletzung des Rechtes auf Unterhalt begründet, wenn man es für ein obligatorisches hält, nach § 823 Abs. 1 Schadensersatzansprüche.

ζ. Sepp, Leibrentenvertrag 98 ff. (s. o. zu §§ 759 ff.). Das Leibrentenrecht ist ein in dem Moment seiner Begründung in seinem ganzen Umfang bestehendes, einheitliches und alle einzelnen Raten in sich schließendes Recht. Es ist daher als solches nach § 823 gegen jede vorsätzliche wie fahrlässige widerrechtliche Verletzung geschützt. Verletzt wird das Leibrentenrecht durch die Tötung des Berechtigten, indem es dadurch zum Erlöschen gebracht wird.

9. Einzelne Fälle. Vgl. IDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9.

a) **RG.** JW. **05** 367, DIZ. **05** 746. Es kann keine Rede davon sein, daß die Vorschrift des § 823 Abs. 1 überall da anwendbar wäre, wo jemand infolge des Erwerbes oder der Verwendung fehlerhafter Stoffe ein schlechtes Erzeugnis gewinnt, und daß derjenige, der mittelbar durch die von irgendeinem Dritten in Verkehr gebrachten Gegenstände geschädigt worden ist, den mit ihm in keiner Rechtsbeziehung stehenden Lieferanten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen dürfte. (Vorliegend hatte Kläger Schadensersatz wegen nicht vertragsmäßig gelieferten Kalkes seitens seines Lieferanten M. u. H. verlangt, und zwar von der Beklagten, von der M. u. H. den Kalk bezogen haben. Die Klage wurde abgewiesen.

b) SchlHolstAnz. **05** 102 (Kiel). Der Besitzer eines Pferdegöpels genügt seiner Verpflichtung, spielende Kinder von dem Werke fernzuhalten und sie vor Schaden zu bewahren, wenn er diesem oder jenem seiner Knechte das Verbot einschärft, die Kinder aus der Scheunendiele, wo das Göpelwerk sich befand, herauszutreiben. Er kann damit rechnen, daß auch die übrigen Knechte, mit denen die benachrichtigten täglich zusammen arbeiten, von dem Verbot unterrichtet werden.

c) Haftung für Wege, Straßen, Verkehrsorte. Vgl. IDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9c. Vgl. o. § 89; Jebens, PrVerwBl. Beibl. **05** 1 ff., 5.

α. **RG.** JW. **05** 199. Haftung einer Gemeinde wegen unrichtiger Anbringung eines Laternenpfahls und Nichtanzündens einer Laterne. Eine Erleuchtung der Ortsstraßen die ganze Nacht hindurch wird von dem Verkehrsbedürfnis einer kleineren Gemeinde allgemein nicht erfordert und kann auch nach Maßgabe ihrer wirtschaftlichen Lage nicht wohl verlangt werden. Es kommt daher auf die Feststellung an, wie lange mit einem Verkehr auf der fragl. Straße überhaupt zu

rechnen war, sowie, welche Anordnungen die Gemeinde hinsichtlich der Beleuchtung getroffen hatte, und ob danach der Mangel der Beleuchtung am Unfallsabende überhaupt als ein Verschulden und ein die Haftung begründender Zustand erscheint, sei es, daß das Verschulden in fehlerhaften Anordnungen oder ungenügender Aufsicht der Vertreter der Gemeinde bestand, oder ob der Mangel lediglich in einer Unterlassung von Angestellten in der Ausführung der sachgemäß getroffenen und im allgemeinen hinsichtlich der Befolgung auch genügend beaufsichtigten Anordnungen seinen Grund hatte.

β. **RG.** JW. 05 48. Klage gegen eine Stadtgemeinde wegen mangelhafter Beschaffenheit des Bürgersteigs. Die Tatsache, daß der gefährliche Zustand bisher Unfälle nicht zur Folge gehabt hat, ist nicht mit rechtlicher Notwendigkeit schlüssig für den Beweis, daß die Bauverwaltung der Beklagten einen Fehler überhaupt nicht begangen hat oder die nachteiligen Folgen des geduldeten Verstoßes gegen die Regeln der Technik nicht voraussehen konnte.

RG. BayRpflZ. 05 203. Die Verpflichtung einer Gemeinde, für einen öffentlichen Weg zu sorgen, erleidet dadurch keine Änderung, daß die Gemeinde über den Grund und Boden nur kraft einer Wegeservitut verfügt.

γ. ThürBl. 52 90 (Jena). Allgemein anerkannten Rechtens ist, daß die Gemeinden verbunden sind, die in ihrem Eigentume befindlichen Wege, welche sie dem öffentlichen Verkehre überlassen haben, in gangbarem und ungefährlichem Zustande zu erhalten. Diese Verpflichtung der Gemeinde geht nicht auf Herstellung absoluter Gefahrlosigkeit, weil solche überhaupt unmöglich ist; sie wird aber nach der Natur der Sache und vernünftiger Billigkeit auch noch weiter dahin begrenzt, daß die Gemeinden nicht verbunden sind, jedes durch den Fortschritt der Technik gebotene Mittel der Erleichterung und Bequemlichermachung des Wegeverkehrs auf ihren sämtlichen Wegen herzustellen und anzuwenden, sondern daß sie nach den durch die Art der Wege und innerhalb der einzelnen Ortschaft durch die Größe und Bedeutung derselben, sowie durch das Maß des Verkehrs auf den einzelnen Wegen gegebenen Abstufungen nur für denjenigen Zustand ihrer Wege einzustehen haben, welcher für Ortschaften und Wege der betreffenden Art allgemein üblich ist.

Straßenbeleuchtung in Dörfern kann, auch wenn sie jetzt vielfach besteht, doch nicht als allgemein üblich und dem jetzigen Stande der Gemeindeeinrichtungen allgemein angemessen angesehen werden. Vgl. ThürBl. 52 240 (Jena). Aus der Verantwortlichkeit für die Herstellung und Erhaltung eines ungefährlichen Zustandes von Plätzen, welche dem öffentlichen Verkehre freigegeben sind, in Verbindung mit besonderen Umständen kann die Pflicht des Eigentümers hergeleitet werden, bestimmte Orte zu bestimmten Zeiten mit hinreichender Beleuchtung zu versehen.

RG. R. 05 252. Maß und Umfang der Pflicht, einen Weg gangbar zu halten, insbesondere zu beleuchten, richtet sich nach den örtlichen Verhältnissen und den Lebensgewohnheiten der Personen, für welche der Weg bestimmt ist.

ElsLothZ. 05 359 (Colmar). Haftung eines Kreisstraßenverbandes für die Erhaltung der Wege.

δ. **RG.** JW. 05 284. Eine Stadtgemeinde, welche auf einer ihr gehörigen verkehrsreichen Straße hat Bäume fällen lassen, hat dafür zu sorgen, daß die zum Schutze des auf der Straße verkehrenden Publikums erforderlichen Maßregeln, insbesondere Absperrungsmaßregeln, getroffen werden. Dieser Verpflichtung genügte sie noch nicht dadurch, daß sie die Verrichtung einem Stadtgärtner übertrug. Zu den Obliegenheiten eines Stadtgärtners gehört es nicht, den Verkehr auf einer öffentlichen Straße zu regeln und die für die Sicherheit des Publikums erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

RG. JW. **05** 486. Haftung einer Stadtgemeinde für Unfälle, die infolge Einengung einer Straße wegen Aufreißens des Pflasters entstehen.

ε. HansGZ. **05**, Hptbl. 193 ff., 196 f. (Hamburg). Derjenige, der Kaianlagen herstellt, ist zu ihrer Unterhaltung verpflichtet.

ζ. ElsLothZ. **05** 263 (Colmar). Eine Unvorsichtigkeit des Publikums ist nicht darin zu finden, daß es beim Begehen eines stark belebten Bürgersteigs das Vorhandensein eines ihn unterbrechenden, durch Absperrungsmaßregeln nicht kenntlich gemachten Schachtes nicht bemerkt. Ebensowenig braucht eine Unvorsichtigkeit darin zu liegen, daß eine eine Last tragende Person beim Überschreiten einer belebten Fahrstraße auf ein sich im gegenüberliegenden Bürgersteige den Passanten entgegenstellendes Hindernis nicht achtet. Vgl. § 831.

d) Haftung der Gastwirte, Vermieter, Hauseigentümer. JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9d, s. o. § 276 Ziff. 6 a und b zu α.

α. *Brückner, R. **05** 329 u. 353 ff. Wer die seiner Verfügung unterstehenden Räume dem öffentlichen Verkehr gewidmet hat, ist dem darin verkehrenden Publikum für den aus mangelhafter Beschaffenheit derselben erwachsenden Schaden haftbar, und zwar:

αα. vertragsmäßig (in entsprechender Anwendung des § 536), wenn er zur Überlassung und Unterhaltung der Räume in verkehrssicherem und ordnungsmäßigem Zustande durch ein zwischen ihm und dem Verletzten bestehendes Vertragsverhältnis (wie zwischen Gastwirt und Gast) verpflichtet ist;

ββ. außervertraglich nach § 823 Abs. 2 u. Abs. 1, wenn ihm diese Verpflichtung durch ein besonderes Schutzgesetz (wie § 367 Ziff. 12 StGB.) oder durch örtliche Sitte und Übung oder das Bedürfnis des Verkehrs (wie dem Staate und den Gemeinden in Ansehung der öffentlichen Wege, Plätze, Treppen, Brücken) auferlegt ist. Verschiedene Haftbarkeit bei αα u. ββ für die Angestellten und Bediensteten (§§ 278 u. 831).

β. **RG.** JW. **05** 45. Die Verpflichtung des Gastwirts, die Zugänge und sonstige Räume der Gastwirtschaft und ihres Zubehörs zu beleuchten, besteht unabhängig von seinen Vertragspflichten den Gästen gegenüber und gründet sich darauf, daß er diese Räumlichkeiten einem Verkehre von Menschen geöffnet und bestimmt hat. Ist nun auch die Verpflichtung des Gastwirts ihrem Umfange nach nicht überall die gleiche, und kann nach den Verkehrsverhältnissen einer kleineren ländlichen Gastwirtschaft, wie der Bekl. sie betreibt, eine Verpflichtung, den Weg nach dem Abort in der Dunkelheit beständig erleuchtet zu halten, vielleicht nicht angenommen werden, so ist dem Berufungsgerichte doch darin zuzustimmen, daß diese Verpflichtung für den Beklagten bestand, wenn auf dem gedachten Wege Gegenstände aufgestellt waren, die den dort verkehrenden Menschen gefährlich werden konnten.

RG. JW. **05** 229, SeuffA. **60** 353, SchlHolstAnz. **05** 323. Der Gastwirt ist verpflichtet, die Räume, die er dem Wirtschaftsverkehr eröffnet, mit den Einrichtungen zu versehen, deren Vorhandensein der gefahrlose Verkehr der Gäste erfordert; allein diese Verpflichtung des Wirtes entledigt den Gast nicht der Aufgabe, die Sorgfalt, die unter gegebenen Verhältnissen ein ordentlicher Mensch anwendet, um sich vor Schaden zu hüten, bei seinem Verweilen in den Wirtschaftsräumen zu betätigen. Selbstverschulden durch Trunkenheit vgl. oben § 254 Ziff. 10 f ζ.

BadRpr. **05** 242 (Karlsruhe). Verkehrssicherheit der Zugänge zu einer Wirtschaft.

Eröffnung des Verkehrs in einem Hause, vgl. **RG.** JW. **05** 16.

RG. JW. **05** 48, DJZ. **05** 171. Der Bahnhofswirt haftet für gefährliche Einrichtungen in der Wirtschaft. Es mag sein, daß wegen der gefährlichen

Anlage an sich, der im Boden des Wartesaales angebrachten Kelleröffnung, nicht der Wirtschaftspächter, sondern der Eisenbahnfiskus verantwortlich zu machen wäre. Aber jedenfalls trägt der Beklagte (Pächter) die Verantwortung wegen der Einrichtungen und Veranstaltungen, welche im vorliegenden Falle im Zusammenhange mit der bestehenden Kelleröffnung eine besonders gefährliche Situation geschaffen oder die vorhandene Gefährlichkeit erhöht hatten. Der Bekl. war es, der nicht bloß durch den eigentlichen Wirtschaftsbetrieb, sondern auch durch die räumliche Anordnung der hierzu dienenden Gerätschaften, namentlich durch die Aufstellung des Schaukastens, worin er Zuckerwaren und dgl. zum Verkauf ausstellte, in unmittelbarer Nähe der Kelleröffnung, dem Verkehr des Publikums eine bestimmte Richtung gab und den in dem Wartesaale verkehrenden Wirtschaftsgästen oder Reisenden Anlaß dazu bot, daß sie der Kelleröffnuug unversehens zu nahe kamen. Er hatte daher die Verpflichtung, den daraus erwachsenen Gefahren vorzubeugen.

γ. **RG.** JW. **05** 20. Der Hauseigentümer braucht keine Schutzgitter anbringen zu lassen, um das Herabfallen von Ziegeln zu verhindern und ebensowenig Fangvorrichtungen, um die am Hause angebrachten Gesimse oder Zierecken am Herabfallen zu hindern. Dagegen kann es erforderlich sein, während der Reparatur des Daches Vorsichtsmaßregeln zu beobachten.

RG. JW. **05** 80. Haftung des Eigentümers für Unfälle, je nachdem er sein Haus im ganzen oder in einzelnen Teilen vermietet hat. — Vermietet der Eigentümer das ganze Grundstück, so hat der Mieter den Umfang und die Art des Verkehrs in dem Hause zu bestimmen, und aus diesem Rechte erwächst dem Mieter die Pflicht, bei seiner Handhabung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten. Anders liegt die Sache, wenn der Eigentümer ein Haus nicht im ganzen, sondern in Teilen an mehrere Personen vermietet und dabei gewisse Räume (Flur, Treppen, Gänge u. dgl.) dem Gemeingebrauche der Mieter und der bei ihnen verkehrenden Personen vorbehält. In diesem Falle beruht der Verkehr an solchen Orten auf der Verfügung des Eigentümers, nicht des einzelnen Mieters und darum bleibt hier dem Vermieter, auch wenn er anderswo wohnt, die Pflicht, für die Sicherung des Verkehrs die erforderliche Sorgfalt zu beachten. Dies erstreckt sich auch auf die Streupflicht.

WürttJ. **17** 19 ff. (Stuttgart). Vorkehrungen zum Schutze der an einem offensichtlich nicht zum Begehen bestimmten Orte Gehenden zu treffen, ist der Grundeigentümer nicht verpflichtet.

RG. JW. **05** 368 (vgl. oben § 545 zu b). Kläger war in eine Senkgrube gefallen. Der an sich nicht gefährliche Zustand der Senkgrube war erst dadurch zu einem gefährlichen geworden, daß ordnungswidrig Bretter aufgehoben und nicht wieder richtig und fest aufgelegt wurden. Ehe für den Vermieter keine Anzeichen für eine Ordnungswidrigkeit vorhanden waren, kann von einer Versäumung seiner Pflichten nicht gesprochen werden.

δ. **RG.** ZVersWes. **05** 431. Eine Badeanstalt, welche gegen Entgelt ihre Badeeinrichtungen dem Badegaste zur Verfügung stellt, muß auch dafür sorgen, daß der Badegast ohne Gefährdung seiner Habe die Badeeinrichtungen benutzen kann.

ε. **RG.** JW. **05** 46. Haftung des Vermieters einer Reitbahn, s. oben § 538.

ζ. Haftung des Justizfiskus für Gerichtsgebäude.

RG. GruchotsBeitr. **49** 635, DJZ. **05** 699. Der Justizfiskus haftet für gefährliche Beschaffenheit der Treppen im Gerichtsgebäude, auch wenn ihm letzteres nur zum Gebrauch — entgeltlich oder unentgeltlich — überlassen ist. Mit dem Bestehen des langandauernden gefahrvollen Zustandes ist die Grundlage der Haftung des Beklagten (des Justizfiskus) gegeben. Denn daraus ergibt sich ohne

weiteres der Schluß, daß dieser Zustand von den verfassungsmäßig berufenen Vertretern des Beklagten hätte wahrgenommen und beseitigt werden müssen, wenn sie die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hätten. Bei dieser Sachlage kann von der Klägerin nicht verlangt werden, daß sie das Verschulden eines bestimmten verfassungsmäßigen Vertreters des Beklagten nachweist; das Verschulden irgendeines solchen Vertreters, sei es des jetzigen, sei es eines früheren, sei es des aufsichtführenden Amtsrichters oder eines diesem vorgesetzten Beamten liegt vor; wer dieser Beamte ist, ist für die Begründung des Klaganspruchs ohne jede Bedeutung.

η. HansGZ. **05** Beibl. 245 (Hamburg). Die Haftung des Staates für verkehrssichere Beschaffenheit der dem Publikum zum Verkehr übergebenen Räume besteht nur insoweit, als das Verschulden eines zur Vertretung des Staates Berufenen festzustellen ist, nicht auch bei Verschulden irgendeiner Hilfsperson, es sei denn, daß den Vertreter bei ihrer Auswahl ein Verschulden trifft.

e) Streupflicht. JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9e.

α. KG., DJZ. **05** 508. Die Streupflicht ist keine absolute in dem Sinne, daß der Hauseigentümer unter allen Umständen Schnee und Eis zu beseitigen und den Verkehr auf dem Bürgersteige gefahrlos zu gestalten hat. Die Verpflichtung beschränkt sich jedenfalls auf das Maß dessen, was im Einzelfalle möglich und ohne ganz unbillige Härte ausführbar erscheint. KG. erkennt eine Streupflicht während andauernden Schneefalls (auch gegenüber § 88 des Berliner StraßenPolRegl.) nicht an. Die Beseitigung von Schnee und Eis ist hier eine nutzlose Arbeit und sie wird vielfach eher zu einer Steigerung als einer Herabminderung der Glätte führen, wenn nach dem Auftragen von Streumaterial sich sofort weitere Glätte bildet und diese durch eine dünne Schneeschicht gedeckt wird.

β. **RG.** JW. **05** 144. Die Ausführung des Streuens muß der Hauswirt dann beaufsichtigen, wenn die Zuverlässigkeit der Person, welcher er diese Verpflichtung übertragen hatte, nicht sicher ist und ihre Pflichten nicht erfüllt.

γ. HansGZ. **05** Beibl. 49 (Hamburg). Streupflicht des Staates in betreff der neben den öffentlichen Brunnen entstehenden Eisbildungen. Für die Erfüllung der Streupflicht genügt, daß die Stellen, wo sich Eis gebildet hat, in angemessenen Zwischenräumen bestreut werden.

δ. **RG.** PucheltsZ. **05** 325. Pflicht des Gastwirts, bei Glatteis im Abort genügend zu streuen.

f) Haftung der Notare vgl. unten zu § 839 Ziff. 4 b.

g) Posthaftpflicht vgl. JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9g.

α. Frankenburger, DJZ. **05** 947, verneint die Frage, ob die Post für unrichtige Briefzustellungen hafte.

β. **RG.** PucheltsZ. **05** 21. Die Postverwaltung trifft auch für Versehen ihrer Beamten überhaupt keine weitergehende Haftpflicht, als sich aus den Bestimmungen des RPostG. vom 28. 10. 71 ergibt.

h) Ersatzansprüche aus Betrieben.

α. Eisenbahnbetrieb.

RG. JW. **05** 78, 291, FischersZ. **29** 334. Für den unbedeutenden Konstruktionsfehler einer Bahnhofsanlage haftet die Eisenbahn nicht, wenn darin kein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt liegt.

HansGZ. **05** Beibl. 182 (Hamburg). Für Sachbeschädigungen beim Betriebe der elektrischen Straßenbahn haftet diese nur, soweit sie die Beschädigungen verschuldet hat. Ein Verschulden liegt nicht schon darin, daß der elektrische Betrieb sich auf mehr oder minder verkehrsreichen Straßen einer Stadt vollzieht und dadurch unter allen Umständen eine eigentümliche Gefähr-

dung des sonstigen Straßenverkehrs herbeiführt. Der Umstand, daß die Polizei die Einrichtungen der Straßenbahn unbeanstandet läßt, dient zur ausreichenden Entschuldigung.

RG. JW. **05** 493. Der Kläger, der die Anlage einer Eisenbahn mitbetrieb, hat zum Zwecke der Anlage den erforderlichen Grund und Boden unentgeltlich und lastenfrei hergegeben. Er erhebt Schadensersatzansprüche gegen die Bahn aus dem Bau und der Anlage der Bahn. Seine Klage ist abgewiesen, da er die Opfer, die er gebracht, freiwillig gebracht und sich selbst auferlegt habe.

β. ElsLothZ. **05** 270 (Colmar). Eine Gasgesellschaft, welche eine Stadt mit Leuchtgas versieht, hat mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit ihres Betriebs einen hohen Grad von Sorgfalt für die Erhaltung des Lebens und der Gesundheit der Einwohner aufzuwenden. Sie hat Sicherheitsmaßregeln gegen das Ausströmen von Gas herzustellen. Für die Verabsäumung von Schutzmaßregeln haftet sie aus § 823.

R. **05** 78 (Colmar). Zum Ersatze des Schadens, der dadurch entstanden ist, daß ein in den Straßenkörper eingebettetes Rohr der Gasleitung gebrochen und daß durch Einströmen von Gas in ein benachbartes Haus die Gesundheit der Bewohner geschädigt worden, ist die Gasanstalt verpflichtet, wenn sich auf ihre Fahrlässigkeit der Bruch des Rohres zurückführen läßt.

γ. Öffentliche Arbeiten.

RG. PuceltsZ. **05** 193 (ElsLothrR.). Haftpflicht der Stadt auch für einen nicht verschuldeterweise einem Straßenanlieger durch öffentliche Arbeiten zugefügten Schaden.

HansGZ. **05** Beibl. 272 (Hamburg). Ein Anspruch auf Schadensersatz für Entziehung des Grundwassers durch Erdarbeiten auf einem benachbarten Grundstück ist nicht gegeben.

LG. I Berlin, KGBl. **05** 18. In dem Unterlassen des Zudeckens ausgeworfener Straßengruben liegt kein Verschulden, wenn die Sperrung der Straße genügend kenntlich gemacht ist.

δ. DJZ. **05** 823 (Oldenburg). Der Bekl., der neben einer Selterwasserfabrik auch die Gastwirtschaft betreibt, hatte den Kl. veranlaßt, aus dem Fabrikraume sich eine Flasche zu holen. Die Flasche explodierte und Kl. wurde verletzt. Da das Betreten von Räumen, in denen Selterwasser hergestellt wird, mit Gefahr verbunden ist, die dem Bekl. nicht unbekannt sein konnte und die im Verkehr erforderliche Vorsicht es verbietet solche Räume durch Unbefugte betreten zu lassen, ist der Ersatzanspruch berechtigt.

i) Arglistige Täuschung. JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9 i; vgl. **RG.** JW. **05** 111.

α. BayObLG., R. **05** 224, BankA. **4** 124. Wer über die Vermögensverhältnisse eines Dritten eine wahrheitswidrige Auskunft erteilt hat, kann sich dem Entschädigungsanspruche des Fragenden gegenüber nicht darauf berufen, daß er die verschwiegenen Tatsachen ohne Zustimmung des Dritten nicht bekannt geben durfte; er hätte in diesem Falle die Erteilung der Auskunft verweigern sollen.

β. **RG.** und OLG. Dresden, SächsA. **15** 735 (vgl. OLG. **11** 385 ff.). S. JDR. **2** § 823 Ziff. 7 k. Der Aktionär, der durch falsche Vorspiegelungen der Organe der Aktiengesellschaft zum Ankaufe von Aktien bewogen worden ist, hat keinen Schadensersatzanspruch gegen die Aktiengesellschaft. GlA. Staub, Holdheims MSchr. **01** 133, Sievers, DJZ. **03** 88; abweichend Lehmann, Holdheims MSchr. **03** 195.

k) Schadensersatz aus Vollstreckungshandlungen.

α. Stein, BayRpflZ. **05** 388 f. Ein Schadensersatzanspruch wegen zwangsweiser Versteigerung eines im Abzahlungsgeschäfte unter Eigentumsvorbehalt ge-

kauften Gegenstandes ist erst dann begründet, wenn sich feststellen läßt, daß die Entziehung der im Eigentumsvorbehalt liegenden Sicherung für die Kaufpreisforderung einen Vermögensverlust des Verkäufers bewirkte. — Dies läßt sich während des Schwebens der Bedingung, unter welcher der Gegenstand dem Käufer kreditiert wurde, also solange derselbe seinen Vertragsverpflichtungen nachkommt und die ihm obliegenden Teilzahlungen noch nicht beendet sind, nicht feststellen.

β. BayRpflZ. **05** 135 (Augsburg). Schadensersatz bei widerrechtlicher Vollstreckung eines formell ordnungsmäßigen Vollstreckungstitels. Die Tatsache, daß dem Gläubiger die formelle Berechtigung zur Vollstreckung in der Vollstreckungsklausel zur Seite steht, befreit ihn nicht von jeder Haftung für die Einleitung und Durchführung der Zwangsvollstreckung. Der Gläubiger, welcher materiell widerrechtlich zur Vollstreckung schreitet, kann zum Schadensersatze verpflichtet werden.

γ. **RG.** SächsA. **15** 495. Dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger kann die Pflicht obliegen, Maßnahmen, die der Gerichtsvollzieher auf den Antrag des Gläubigers vorzunehmen bereit ist, durch Rücknahme des Antrags zu verhindern, sofern der Gläubiger erkennt oder bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen muß, daß die Ausführung der Maßnahme zu einer unrechtmäßigen Schädigung eines Dritten führen müsse, und der Gläubiger ist diesem haftbar, sofern er dies unterläßt, und die Ausführung der betreffenden Maßnahme zu einer objektiv rechtswidrigen Verletzung des Eigentums des Dritten führt. — Über Fälle mitwirkenden Verschuldens des Gläubigers s. o. zu § 254 Ziff. 10e.

δ. HansGZ. **05** Beibl. 262 (Hamburg). Derjenige, welcher auf einer Auktion Gegenstände ersteht, kann, auch wenn er noch nicht Eigentümer geworden ist, Ersatzansprüche wegen Entfernung der Sache durch einen Dritten geltend machen, weil sein Herausgabeanspruch vereitelt worden ist oder weil der Dritte sich auf seine Kosten ungerechtfertigt bereichert hat.

l) **RG.** R. **05** 252. Der Hypothekengläubiger und Ersteher, der durch den Ausfall seiner Hypothek wegen Mehrwerts des Grundstücks über den Versteigerungspreis in Wahrheit keinen Schaden erlitten hat, kann einen Dritten wegen dessen Mitwirkung zu Zubehörverschleppungen nicht auf Schadensersatz belangen.

m) **RG.** R. **05** 680. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt fordert von dem Besitzer beweglicher Sachen nicht, zu verhindern, daß böswillige Dritte die Sachen von dem gefahrlosen Aufbewahrungsorte widerrechtlich fortschaffen, um sie an anderer Stelle zu schadenbringendem Unfug zu verwenden.

n) PucheltsZ. **05** 347 (Colmar). Der Arzt hat die Pflicht, für die in der Narkose befindliche Patientin in gehöriger Weise Sorge zu tragen. Er kann dies erledigen, indem er entweder persönlich bis zu ihrem vollen Erwachen in ihrer Nähe bleibt oder so, daß er eine sachverständige zuverlässige Person, sei es einen Arzt, sei es eine geübte Pflegerin an ihrem Bette zurückläßt, die an seiner Stelle das für den Notfall Erforderliche zu tun hat und dazu imstande ist.

o) **RG.** JW. **05** 492. Der Wagenlenker hat die Pflicht, auf Verkehrshindernisse acht zu geben. Der Fahrgast, der nicht Lenker des Wagens ist, hat keine Verpflichtung, auf die Fahrbahn zu achten.

p) OLG. Braunschweig und **RG.** BraunschwZ. **05** 16 f. Der Radfahrer, welcher einem ihm entgegenkommenden scheuenden Pferde nicht ausweicht, sondern direkt auf das Pferd losfährt, hat den Schaden zu ersetzen der dadurch entsteht, daß der von dem Pferde gezogene Wagen umschlägt und der Insasse verletzt wird.

q) HessRspr. **6** 58 (Darmstadt). Für den Schaden, der durch eine fahrlässig an den Vorderwagen eines anderen angekoppelte Säemaschine verursacht ist,

haften der Lenker des Fuhrwerks und der Eigentümer der Säemaschine gemeinschaftlich.

r) SeuffA. **60** 39 (Cassel) (vgl. § 254 Ziff. 10 c β a. E.). Wer einem anderen eine Sitzgelegenheit anbietet, muß dafür sorgen, daß sie für die regelmäßige Benutzung eine sichere, ruhige Unterlage bildet.

s) AG. und LG. Straßburg, PuceltsZ. **05** 549. Schadensersatzanspruch gegen eine Firma, welche einen Postschalter mit Öl anstreicht und keine Warnungstafeln aufstellt.

t) R. **05** 592 (Colmar). Im Falle der Versicherung des Verletzten ist der Schädiger nicht berechtigt, zu verlangen, daß der Verletzte seine Befriedigung zunächst bei der Versicherungsgesellschaft suche oder ihm seine Ansprüche an diese abtrete. Selbst im Falle der vorbehaltlosen Auszahlung der Versicherungssumme ist der Verletzte nur gegenüber der Gesellschaft, nicht gegenüber dem Schädiger, wenn auch dieser gezahlt hat, ungerechtfertigt bereichert. (S. a. o. zu § 255 Ziff. 4.)

u) ElsLothZ. **05** 353 (Colmar). Hat sich der durch eine strafbare Handlung Geschädigte von dem Täter ein schriftliches Geständnis seiner Schuld ausstellen lassen, so begründet das Vorlegen der Urkunde oder die wahrheitsgemäße Mitteilung ihres Inhalts an Dritte, sofern dies nicht gegen § 826 verstößt, keine Schadensersatzpflicht.

v) Verhältnis zum Wettbewerbsgesetz vgl. u. § 826 Ziff. 9.

Marcus, UnlW. **4** 72. Der mit der Klage wegen unlauteren Wettbewerbs unterliegende Teil ist dem Angegriffenen nicht nur schadensersatzpflichtig wenn ihm die Unbegründetheit seiner Klagebehauptungen bekannt war, sondern auch im Falle fahrlässiger Unkenntnis von der Unrichtigkeit seines Vorbringens.

w) α. BadRpr. **05** 225 (Karlsruhe). Ein schuldhafter Strafantrag aus § 10 GebrMustG. verpflichtet den Antragsteller zum Ersatz des dem Angezeigten durch das Strafverfahren erwachsenen Schadens.

β. **RG.** JW. **05** 214. Die Klage aus § 9 des Gebrauchsmusterschutzgesetzes ist eine Deliktsklage; dieses Spezialgesetz schließt die Anwendung des § 823 aus.

x) **RG.** SeuffA. **60** 412. Die Klage aus § 26 GewO. auf Schadensersatz für die Vergangenheit (Verunreinigung eines Privatflusses) erfordert Verschulden.

y) R. **05** 646 (Kiel). Wegen unterlassener Verwendung von Marken der Alters- und Invaliditätsversicherung seitens des Arbeitgebers steht dem Arbeitnehmer jedenfalls dann ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu, wenn er vom Arbeitgeber das zur Beschaffung von Marken erforderliche Geld mit dem Versprechen angenommen hat, selbst für die Verwendung der Marken Sorge zu tragen.

z) α. HansGZ. **05** Hauptbl. 213 ff., 215 (Hamburg). Haftung eines Vereins für Mitteilungen seines Vorsitzenden im Vereinsblatte. Vgl. auch JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9 f.

β. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 48. Ansprüche gegen das Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft wegen vertragswidriger Ausbeutung von eingebrachten Wertobjekten; s. § 812 Ziff. 10 i.

aa) Zur Haftung des Staates. α. WürttJ. **17** 133 (Stuttgart). Haftung des Staates für die Folgen einer unerlaubten Handlung, die ein in einer Staatsirrenanstalt untergebrachter Geisteskranker außerhalb der Anstalt verübt hat. Vgl. o. § 31.

β. **RG.** PuceltsZ. **05** 2. Über Haftung des Fiskus für den durch einen Waldbrand entstandenen Schaden.

bb) Haftung für Kraftfahrzeuge. JDR. **3** § 823 Abs. 1 Ziff. 9 u u. Abs. 2 Ziff. 6 b.

RG. JW. **05** 287. Der Besitzer eines Automobils, der die Leitung einem in dessen Behandlung tüchtigen und als zuverlässig und umsichtig erprobten Manne

übertragen hat, ist auch dann, wenn er selbst das Automobil nicht benutzt, nicht verpflichtet, den Fahrer zu beaufsichtigen und zu diesem Zwecke seine Aufmerksamkeit darauf zu richten, ob der Fahrer bezüglich der Geschwindigkeit die durch polizeiliche Vorschriften gezogenen oder durch die auf der befahrenen Strecke bestehenden Verhältnisse jeweilig gebotenen Grenzen innehält und auch sonst diesen Verhältnissen bei der Leitung des Fahrzeugs gebührend Rechnung trägt. Auf der anderen Seite muß aber von demjenigen, welcher in einem Automobil fährt und zu dessen Leiter in einem Verhältnisse steht, vermöge dessen dieser seinen Anordnungen Folge zu leisten hat, verlangt werden, daß er durch seiner Sachkenntnis und seinen Erfahrungen entsprechende Anordnungen eingreift, sobald er wahrnimmt, daß durch die Art, wie der Fahrer das Automobil leitet, unter den vorliegenden Umständen Gefahr für Leben, Gesundheit oder Eigentum dritter Personen droht. Die Pflichten dessen, der unter den angegebenen Verhältnissen ein Automobil benutzt, sind grundsätzlich keine anderen, als diejenigen eines Mannes, der in seinem von Tieren gezogenen, durch einen Kutscher geleiteten Wagen fährt; auch von diesem muß aber gefordert werden, daß er eine Maßnahme des Kutschers, die er wahrnimmt, und von der er erkennt, daß dadurch andere gefährdet werden, nicht müßig zuschaut, und es ist ihm zum eigenen Verschulden anzurechnen, wenn er das tut.

Haftung für Automobile. HessRspr. 6 129 (Darmstadt). Vgl. R. 05 465.

Siber, DJZ. 05 138. Die Haftung für Automobile ist nicht auf Personenbeschädigung zu beschränken.

II. Abs. 2.

1. Träger 378. Unter den Begriff des Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 fallen alle Gebote oder Verbote, die zum Schutze von Interessen anderer erlassen sind, mögen sie nun den Tatbestand eines Verletzungsverbrechens bilden, wie z. B. die Strafdrohungen gegen Tötung und Körperverletzung, gegen Betrug und Erpressung, gegen Hausfriedensbruch und Verletzung des Briefgeheimnisses, oder unter den Begriff der Polizeidelikte fallen, rein vorbeugender Natur sein, wie z. B. das Verbot, Hunde auf Menschen zu hetzen, Steine u. dgl. auf Menschen, auf Zug- oder Lasttiere, gegen fremde Häuser oder in Gärten zu werfen (§ 366 Ziff. 6 u. 7 StGB.) und wie ferner die Schutzbestimmungen der GewO. §§ 120a—120c. Selbst privatrechtliche Vorschriften können Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 sein, wie z. B. die Bestimmungen zum Schutze der Dienstverpflichteten in den §§ 617—619 BGB. und im § 62 HGB., bei denen keine Strafe für den Fall des Zuwiderhandelns angedroht ist.

2. Träger 201 ff., 203. Die haftungsbegründende Tatsache, die Tatsache also, auf die sich das Verschulden des Täters bezogen haben muß, ist im Falle des § 823 Abs. 2

entweder a) — wie im Abs. 1 — der erste Erfolg, der Einbruch in die fremde Rechtssphäre (so bei allen Schutzgesetzen, die die Verletzung des Rechtsguts oder dessen konkrete Gefährdung unmittelbar bedrohen),

oder b) der bloße Verstoß gegen das Schutzgesetz, die Übertretung des Gesetzes als solche, nämlich in allen den Fällen, wo das Schutzgesetz bestimmte Handlungen oder Unterlassungen gebietet oder verbietet zum erhöhten Schutze der Rechtsgüter ohne Rücksicht auf deren Verletzung oder Gefährdung im konkreten Falle.

204: Die bloße Übertretung des Schutzgesetzes i. e. S. ist also haftungsbegründende Tatsache nur mit Beziehung auf denjenigen ersten Erfolg, dessen Vermeidung gerade das Schutzgesetz bezweckt. Bezüglich eines anderen Erfolges genügt nicht die Feststellung des bloßen Verstoßes gegen das Schutzgesetz, son-

dern es bedarf der Feststellung, daß der erste, der nächste schädigende Erfolg schuldhaft herbeigeführt worden, d. h. voraussehbar gewesen ist.

3. FrankfRdsch. **05** 191 (Frankfurt). Zur Annahme eines Schutzgesetzes im Sinne des § 823 Abs. 2 genügt es, daß das betreffende Gesetz den Schutz des Einzelnen überhaupt, wenn auch nur nebenher, bezweckt. Nicht erforderlich ist, daß das Gesetz an den Verletzer zum Schutze des Beschädigten erlassen und dazu bestimmt ist, das Verhältnis des Verletzers zum Beschädigten zu regeln.

4. LG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 165. Nicht erforderlich ist beim § 823 Abs. 2, daß Verletzter und Geschädigter ein und dieselbe Person ist, wie im Abs. 1.

5. *Prym 35 f. Die Tatsache, daß die Obligationsverletzung gleichzeitig gegen ein öffentlich-rechtliches, namentlich auch strafrechtliches Gebot — Beispiel: Heuerbruch § 298 StGB. — verstößt, ist schlechtweg zur Annahme der objektiven Widerrechtlichkeit, wie sie der deliktische Tatbestand fordert, nicht ausreichend, denn durch eine solche Norm des öffentlichen Rechtes wird die obligatorische Verpflichtung wohl eingeschärft, nicht aber inhaltlich geändert, insbesondere nicht zu einer allgemeinen Rechtsanforderung erhoben (Zitelmann, Intern. Privatrecht II 2, 472 f. und Prym 35 f. gegen Detmold 327 und O. Chr. Fischer 92 ff.).

6. Einzelne Schutzgesetze. JDR. **3** § 823 Abs. 2 Ziff. 4.

a) **RG.** EisenbE. **21** 166 s. schon JDR. **3** § 823 Abs. 2 Ziff. 4 b.

b) *Vorwerk, Automobilhaftung. Bei Automobilunfällen ist ein Schadensersatzanspruch trotz etwa vorhandener Schutzgesetze (Polizeiverordnungen) nicht ausreichend, da der Verletzte einerseits den Beweis der Übertretung einer Schutzvorschrift, und daß diese Übertretung schuldhaft erfolgt ist, nicht erbringen kann und ihm andererseits in vielen Fällen die Feststellung der Persönlichkeit des Täters nicht gelingt (54, 82—92). Es wird daher, da beim Automobilverkehr auch die übrigen für eine Kausalhaftung sprechenden Gründe (Gefährlichkeit, Interesse, ökonomische Tragfähigkeit, erzieherischer Einfluß (60—83) für vorliegend erachtet werden, vorgeschlagen, reichsgesetzlich die Erfolgshaftung einer nach örtlichen Bezirken abgegrenzten Zwangsgenossenschaft der Automobileigentümer zu statuieren und dieser bei Umkehrung der Beweislast Regreßrechte gegen den Täter zu geben (109—136). Vgl. § 1 HaftpflG.

c) Schutz der Ehre. S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 8e.

d) Schutz des Besitzes. S. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 8c, unten Ziff. eβ.

e) Bürgerliches Gesetzbuch.

α. § 618 BGB., § 62 HGB., § 120 GewO., § 112 GewUVG. Hilse, Holdheims MSchr. **05** 277.

β. § 858 BGB. **RG. 59** 326, JW. **05** 113 (vgl. oben Ziff. 6 d). LG. München I, SeuffBl. **05** 128.

γ. § 909 BGB., OLG. Köln, PuchettsZ. **05** 359 (vgl. JDR. **1** § 823 Abs. 2 Ziff. 5 a).

δ. § 2356 Abs. 2 BGB. in Verbindung mit § 163 StGB. ist ein Schutzgesetz. OLG. **11** 272, SchlHolstAnz. **05** 147 (Kiel).

f) Handelsgesetzbuch.

FrankfRdsch. **05** 191 (Frankfurt). Die §§ 246 u. 249 Abs. 1 HGB. sind Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2. Sie enthalten jedoch ein für die Aktiengesellschaften geltendes Sonderrecht, gehen daher den Bestimmungen des BGB. vor und gewähren den Schutz nur in dem im § 249 Abs. 1 bestimmten Umfange und unter den dort erwähnten Voraussetzungen.

g) Zivilprozeßordnung.

KG., DJZ. **05** 652. § 992 ZPO. ist kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2.

h) Strafgesetzbuch.

α. **RG. 59** 236, JW. **05** 81, DJZ. **05** 169. Zu den Schutzgesetzen i. S. des § 823 Abs. 2 gehören von den Strafgesetzen nicht bloß diejenigen, die den Schutz eines größeren oder engeren Kreises von Privatinteressen sich zu ihrer nächsten Aufgabe gestellt haben, sondern auch solche, die in erster Reihe höheren Interessen der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind, wenn sie nur nebenher auch den einzelnen zum Schutze gereichen. Auf eine durchgreifende Abgrenzung des Begriffs kommt es hier nicht an; die Grenzen zu eng zu ziehen, verbietet sich schon deshalb, weil dann das Fehlen eines allgemeinen Ersatzanspruchs für fahrlässige Vermögensbeschädigung im BGB. um so drückender empfunden werden würde. Daß jedenfalls der § 163 StGB. hierher gehört, ergibt sich schon aus dem Abs. 2 desselben, der dem Täter in gewissen Fällen Straflosigkeit gewährt, wenn er seine falsche Aussage gehörigen Ortes widerruft, bevor aus ihr für einen anderen ein Rechtsnachteil entstanden ist.

β. § 163. **RG. 59** 236, JW. **05** 81 (vgl. die vorstehende Entscheidung); OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 147, vgl LG. Frankfurt, FrankfRdsch. **05** 191 ff., 194.

γ. §§ 185, 186, 187 vgl. **RG. 60** 1 ff. 5, JW. **05** 141; **RG. 60** 16, **RG.** PucheltsZ. **05** 14; SchlHolstAnz. **05** 17 ff., 20; **RG.** UnlW. **4** 30; OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 65 ff., 68; OLG. Hamburg HansGZ. **05** Hptbl. 213 ff., 215 (Beweislast vgl. § 824 Ziff. 6 c).

Dernburg, JW. **05** 161 ff. Die §§ 185 ff. StGB. gegen Beleidigungen gehören zu den „den Schutz eines anderen bezweckenden" Gesetzen. — Mindestens also hiernach hat der Beleidigte Anspruch auf Ersatz seines Schadens.

δ. § 253 vgl. **RG** DJZ. **05** 315; SchlHolstAnz. **05** 17 ff., 20.

ε. § 263 OLG. Braunschweig, DJZ. **05** 272.

ζ. § 366 Ziff. 2 in Vbdg. mit d. GroßhHessVO. vom 10. 10. 99 die Fahrräder und Automobile betreffend. **RG.** JW. **05** 142.

η. § 366 Ziff. 7. LG. München I, SeuffBl. **05** 128.

ϑ. § 367 Ziff. 12. **RG.** JW. **05** 491 (Mitverschulden des auf einer Straße zu Schaden Gekommenen.

RG. JW. **05** 340, PfälzRpr. **05** 53. Der Ehemann der Klägerin war im L..hafen in der Nähe der K..schleuse in das Wasser gestürzt und ertrunken. Der Brückenkopf, an welchem der Unfall sich ereignete, diente faktisch, wenn auch nicht seiner Bestimmung gemäß, dem öffentlichen Verkehre. Die Klage gegen den Fiskus ist abgewiesen worden. Das RG. führt aus: Von einer Verwahrungspflicht i. S. des § 367 Ziff. 12 StGB. kann nicht die Rede sein bei Anlagen, die ihrer Zweckbestimmung nach Sicherheitsvorkehrungen nicht gestatten, die die Vornahme der Arbeiten, um derentwillen die Anlage geschaffen ist, wie die Verrichtungen beim Durchgange der Schiffe durch eine Schleuse, das Ein- und Abladen der Güter auf den Kaimauern eines Hafens, stören oder ganz verhindern würden. Hier besteht die Sicherung des Verkehrs in dessen Beschränkung auf die durch ihre Beschäftigung hinzuberufenen und mit den Einrichtungen vertrauten Personen. Die Frage, ob der Zugang zu dem Brückenkopfe nicht hätte umfriedet werden müssen, wird vom RG. verneint, da der Weg nicht als öffentlicher benutzt wurde und aus der Tatsache, daß das Verbot ungerügt überschritten werden konnte, läßt sich die Folgerung nicht ziehen.

i) **RG.** JW. **05** 174, SächsA. **55** 209, Holdheims MSchr. **05** 196, Gruchots Beitr. **49** 923, UnlW. **4** 66. Die Strafvorschriften des UnlWG. sind Schutzgesetze.

k) LG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 165 f. Die Kaiserliche Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßes von Schiffen auf See ist ein Schutzgesetz. Vgl. die abw. Meinung des OLG. Hamburg, ebd. 167.

l) OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 229, läßt die Frage dahingestellt, ob das Invalidenversicherungsgesetz ein Schutzgesetz ist.

m) OLG. Karlsruhe, BadRpr. 05 345. Die badische MinVO. v. 27. 6. 74, die Sicherung der öffentlichen Reinlichkeit und Gesundheit betreffend.

n) RG. 59 51. § 69 GenG. als Schutzgesetz (vgl. JDR. 3 § 823 Abs. 2 Ziff. 4 m).

§ 824. 1. *Weyl 486. Der Begriff „wahrheitswidrige Behauptung" ist ein objektiver Begriff. Jedoch muß zu der objektiven Ungewißheit hier ein subjektives Moment, nämlich Fahrlässigkeit hinzutreten. Steigert sich das subjektive Moment über die Fahrlässigkeit hinaus zum Vorsatz (Arglist), so greift die Ersatzpflicht schon nach § 823 Abs. 1 bzw. 2 Platz, und es ist die Heranziehung des § 824 Abs. 1 entbehrlich. In der Gesamtnorm des § 824 steckt ein Verschuldensfall.

2. Träger 212. Verhältnis zu den §§ 186, 187 StGB. § 824 erweitert den §§ 186, 187 StGB. gegenüber die Schadensersatzpflicht nach zwei Richtungen: zunächst dahin, daß die behauptete oder verbreitete Tatsache nicht beleidigender oder gar ehrenrühriger Natur zu sein braucht und ferner dahin, daß schon die bloß fahrlässig erfolgte Beeinträchtigung des Kredits, Erwerbes, Fortkommens eines anderen als Zivildelikt gekennzeichnet ist. Während also §§ 186, 187 Bewußtsein von der gefährdenden Eigenschaft der entweder nicht erweislich wahren Tatsache (§ 186) oder der bewußt unwahren Tatsache (§ 187) fordern, genügt nach § 824 BGB. bloße Erkennbarkeit der gefährdenden Eigenschaft für den verkehrstüchtigen Menschen.

3. RG. 60 6, JW. 05 140, DJZ. 05 314 (vgl. zu §§ 823 ff. Ziff. 7 b). Das BGB. schützt im § 824 den Kredit, den Erwerb und das Fortkommen einer Person als ein besonderes, der Verletzung zugängliches Rechtsgut. Hat der Bekl. in dieses Rechtsgut der Klägerin objektiv widerrechtlich eingegriffen, so ist der Anspruch auf Unterlassung begründet, wenn weitere Eingriffe zu besorgen sein sollten. Ob eine derartige Besorgnis vorliegt, hat das Gericht nach dem Sachstande zur Zeit der Urteilsfällung zu beurteilen.

4. Träger 204 ff., 211. Das Verschulden im § 824 muß sich auf die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache beziehen. Es muß aber auch — wie Verf. im Gegensatze zur herrschenden Meinung annimmt — die gefährdende Eigenschaft der behaupteten Tatsache erkennbar gewesen sein.

5. RG. 60 12 ff., JW. 05 135, PucheltsZ. 05 129, ElsLothZ. 05 245, läßt eine Klage auf Widerruf einer Beleidigung nicht zu. S. das Nähere o. zu § 249 Ziff. 2 a α. — Vgl. über und gegen diese Entscheidung Dernburg, JW. 05 161. S. o. zu § 249 Ziff. 2 a β.

6. Beweislast. JDR. 3 § 824 Ziff. 4.

a) *Weyl 487. Die Beweislast trifft offenbar den geschädigten Kläger sowohl in der Richtung auf die objektive Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache wie in der Richtung auf die Fahrlässigkeit (das Kennenmüssen) des Täters.

b) Träger 213 (§ 824 u. § 6 UnlWG.). Im § 824 trifft der Beweis der Unwahrheit den Kläger, im § 6 UnlWG. trifft dieser Beweis den Beklagten.

c) OLG Hamburg, HansGZ. 05 Hptbl. 213 f., 215. Nach § 824 trifft die Beweislast für die Unwahrheit der Behauptungen des Beklagten den Kläger. Im Falle des § 186 StGB. in Verbindung mit § 823 Abs. 2 sowie im § 6 UnlWG. liegt es umgekehrt.

7. Abs. 2.

a) RG. SächsA. 55 611. Werden in einer Zeitung gegen einen Geschäftstreibenden Verdächtigungen erhoben, und zwar derart, daß die für den ausge-

sprochenen Verdacht sprechenden Umstände mitgeteilt, die dagegen sprechenden aber absichtlich weggelassen werden, so findet § 824 Anwendung. Bei einer vorsätzlichen Entstellung des Sachverhalts, wie sie vorliegend stattgefunden hat, ist die Vorschrift des § 824 Abs. 2 ausgeschlossen.

b) **RG. 60** 6, JW. **05** 140, DJZ. **05** 314, läßt die Entscheidung der Frage dahingestellt, ob durch das Vorhandensein eines berechtigten Interesses die subjektive Rechtswidrigkeit ausgeschlossen werde, oder ob nicht vielmehr anzunehmen wäre, daß nur die Schadensersatzpflicht wegfalle, daß aber trotzdem eine unerlaubte Handlung vorliege, daß daher dem durch die unwahren Behauptungen Betroffenen alle aus einer unerlaubten Handlung entspringenden Rechtsbehelfe zustehen würden, mit Ausnahme des Anspruchs auf Schadensersatz. — Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen. Jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetze geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind; das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht, ebensowenig die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Ebenso **RG.** JW. **05** 715 (vgl. dieselbe Entsch. oben zu § 824 Ziff. 3).

8. OLG. Frankfurt a. M., R. **05** 165. Für durch die Presse gemachte unwahre Mitteilungen, die den Kredit anderer zu gefährden geeignet sind, haftet neben dem Redakteur auch der Verleger, wenn er zwar in der Lage war, über die Aufnahme der Mitteilung zu entscheiden, diese Entscheidung aber dem Redakteur überlassen hat.

§ 825. *Weyl 469 ff. Hinterlist, Sprachliches 469, Definitionen und Beispiele 469 f., 471 f. Ein begrifflicher Unterschied zwischen Hinterlist und Arglist besteht nicht (474), außer darin, daß wegen der höchst singulären Natur der von „Hinterlist" handelnden §§ 825 u. 847 Abs. 2 eine analoge Ausdehnung dieser Grundsätze, wie bei der „Arglist" überhaupt gar nicht einmal in Frage kommen kann (474). — Stellung im System 508 ff.

„Mißbrauch": 81 f., 375—378. An sich nur objektive Rechtsverletzung (aber durch die Wendung „bestimmt" wird die Gesamtvorschrift des § 825 zu einem Verschuldensfall).

§ 826. 1. § 826 und § 226. Vgl. JDR. **3** § 826 Ziff. 2.

RG. SeuffA. **60** 449 f. schon JDR. **3** § 826 Ziff. 2.

OLG. Hamburg, SeuffA. **60** 277 f. schon JDR. **3** § 826 Ziff. 2 a. E.

RG. HansGZ. **05** Hptbl. 312. Auch die Ausübung eines formalen Rechtes wird von § 826 betroffen.

2. § 826 und § 823. JDR. **3** § 826 Ziff. 3, oben § 823 Abs. 1 Ziff. 1.

a) *Weyl 231. Der § 826 hat seine Hauptfunktionen in der Ergänzung des § 823.

b) SchlHolstAnz. **05** 115 (Kiel). § 826 kann auch dann zur Anwendung kommen, wenn lediglich eine Vermögensbeschädigung vorliegt, ohne daß das Eigentum oder ein sonstiges Recht i. S. des § 823 verletzt zu sein braucht. Vgl. unten Ziff. 3 b u. 12 d.

3. Vorsatz.

a) **RG.** PucheltsZ. **05** 8 ff., 13. Zum Vorsatz i. S. des § 826 reicht das Bewußtsein aus, die Handlungsweise werde den schädlichen Erfolg haben.

b) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 115. Zur Feststellung des Vorsatzes gehört zwar nicht die Absicht der Schädigung (**RG. 57** 241); andererseits genügt es aber nicht, daß der Handelnde sich der Möglichkeit des schädigenden Erfolges bewußt war oder daß er sich des Schadens hat bewußt sein müssen oder können.

Es ist vielmehr erforderlich, daß der Handelnde das Bewußtsein hatte, die Handlung werde voraussichtlich den schädigenden Erfolg haben.

4. Die guten Sitten. JDR. 3 § 826 Ziff. 5; o. § 138.

a) *Weyl 228, vgl. oben zu § 276. Zwischen den Begriffen „Verstoß gegen die guten Sitten" und „Verschulden" besteht keine Beziehung. § 826 ist so zu verstehen: schadensersatzpflichtig ist, wer subjektiv rechtswidrig, nämlich „vorsätzlich" einen Schaden zufügt, wenn zugleich seine Handlungsweise, sich objektiv betrachtet, als „Verstoß gegen die guten Sitten" charakterisiert.

b) RG. JW. 05 370. Die Frage, ob eine Handlung wider Treu und Glauben sowie gegen die guten Sitten verstoße, ist in der Revisionsinstanz nachprüfbar.

c) SchlHolstAnz. 05 289 (Kiel). Als ein Verhalten, das gegen die guten Sitten verstößt, ist im Sinne des § 826 BGB. nicht schon jedes illoyale Verfahren anzusehen, es muß vielmehr eine Gesinnungsniedrigkeit, Gesinnungsgemeinheit vorliegen.

5. § 826 und die Verletzung obligatorischer Rechte. Vgl. oben § 823 Abs. 1 Ziff. 8 f.

Josef, R. 05 41, 42. Auch die Verletzung bloß obligatorischer Rechte wird durch § 826 mitbetroffen.

*Prym 36 Note 2 (vgl. zu §§ 823 ff. Widerrechtlichkeit). Nichterfüllung oder Verzögerung der Erfüllung einer obligatorischen Verpflichtung kann unter Umständen unter § 826 fallen.

6. § 826 und die formale Rechtskraft der Urteile.

a) RG. JW. 05 683. Beklagte hatte aus wucherischen Geschäften zwei rechtskräftig gewordene Versäumnisurteile gegen den Kläger in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise (vgl. näheres 684) erlangt. Der Klage auf Feststellung gegen die Beklagte, daß ihr aus den Urteilen und dem Kostenfestsetzungsbeschlusse keine Rechte zustehen, ist stattgegeben. RG. führt aus: Die formale Rechtskraft der ergangenen Judikate steht der Anwendung des § 826 nicht entgegen. Die Wirkung der Rechtskraft muß da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechtes zu geben. (Vgl. RG. 39 142; 36 249.) Ebenso Dernburg, DJZ. 05 465; vgl. Höninger, ebd. 1005; Rehbein, ebd. 1109 (Referat über das vorstehende Urteil).

Über die Anwendung des § 826 bei Schadenszufügung durch Benutzung eines rechtkräftigen Urteils s. *Pagenstecher zu § 322 ZPO. Bem. 5 und vor § 704 ZPO. Bem. 2, sowie Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 376, 387 ff. und Anm. 916.

LG. Magdeburg, NaumburgAK. 05 59 f., GewG. 10 209. § 826 kann auch gegenüber einem rechtskräftig festgestellten Anspruch zur Anwendung kommen. Vgl. JDR. 1 § 826 Ziff. 7 g (RG. [Straff.] 34 282).

b) OLG. 11 324, BadRpr. 05 309 (Karlsruhe). Nichtberücksichtigung der Rechtskraft eines Zuschlags, weil dessen Benutzung, als vorsätzlich auf Schadenszufügung gerichtet, gegen die guten Sitten verstößt.

7. Unterlassungsanspruch aus § 826 RG. JW. 05 237; JDR. 3 § 826 Ziff. 6.

8. § 826 im gewerblichen Lohnkampfe. Vgl. JDR. 3 § 826 Ziff. 7.

a) RG. 60 94 ff., 103, DJZ. 05 457. Wenn sich eine größere Anzahl Gewerbetreibender zu einer Vereinigung zusammenschließt, um durch von ihnen getroffene Maßregeln den an der Vereinigung Beteiligten Vorteile für ihren Gewerbebetrieb zu erzielen, so enthält es keinen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn einem oder mehreren Gewerbetreibenden derselben Branche der nachgesuchte Beitritt zu der

Vereinigung und dadurch die Teilnahme an den durch diese gebotenen Vorteilen versagt wird, und zwar auch dann nicht, wenn die Verweigerung der Aufnahme für die davon Betroffenen erhebliche Nachteile für ihren Gewerbebetrieb zur Folge hat. Hierbei ist es auch ohne Bedeutung, ob diese Aufnahme nach den Satzungen der Vereinigung zulässig wäre oder nicht, und die Nichtaufnahme nimmt auch nicht dadurch den Charakter einer wider die guten Sitten verstoßenden Handlung an, daß sie deshalb erfolgt, weil die der Vereinigung angehörenden Gewerbetreibenden den Wettbewerb derjenigen, deren Zulassung zu dem Vereine abgelehnt wird, fürchten und durch die Fernhaltung von diesem beseitigen oder abschwächen wollen.

RG. 60 94 f., 104, DJZ. **05** 457. Wenn ein Gewerbetreibender oder eine Mehrzahl von solchen einen Verband von Arbeitnehmern, insbesondere einen solchen von dem Umfang und dem Einflusse wie der Deutsche Metallarbeiterverband, vorsätzlich dazu bestimmt, den an dem Verbande beteiligten Arbeitnehmern zu verbieten, bei einem bestimmten Arbeitgeber Beschäftigung zu nehmen, und wenn dies geschieht zu dem Zwecke, um diesem Arbeitgeber den Betrieb seines Geschäfts unmöglich zu machen oder zu erschweren und dadurch dessen Konkurrenz zu beseitigen, so verstößt dieses Verhalten der betreffenden Gewerbetreibenden nicht etwa bloß gegen die Grundsätze, von denen sich Männer von vornehmer Denkungsart und feinem Anstandsgefühl im geschäftlichen Leben leiten lassen, sondern es geht auch weit über das hinaus, was nach dem allgemeinen Volksbewußtsein und nach der sittlichen Auffassung aller billig und gerecht Denkenden im geschäftlichen Wettbewerb als erlaubt gilt.

RG. JW. **05** 20. Es verstößt gegen die guten Sitten des gewerblichen und geschäftlichen Verkehrs, wenn jemand die Leistungen eines Konkurrenten zu dem Zwecke, um die Kundschaft von dem anderen abspenstig zu machen, abfällig einer öffentlichen Kritik unterzieht.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 17 ff., 23, vgl. o. § 823 Abs 1 Ziff. 8 e γ. Dem Anstandsgefühle des billig und gerecht Denkenden widerspricht es noch nicht, wenn im wirtschaftlichen Kampfe derjenige, welcher sich angegriffen glaubt, zu Gegenmaßregeln übergeht, die durch Schädigung des Gegners einen Druck auf diesen üben und dadurch den Angriff abwehren, künftigen Angriffen vorbeugen sollen. Vgl. LG. I Berlin, KGBl. **05** 104.

b) OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 301. Organisierte Arbeiter, die sich weigern, mit einem nicht organisierten Arbeiter zusammenzuarbeiten und diesen dadurch zur Niederlegung der Arbeit zwingen, verstoßen nicht gegen § 826.

c) OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 65, SeuffA. **60** 228. Das Boykottieren ist an sich keine widerrechtliche oder auch nur den guten Sitten widerstreitende Handlung. In den Lohnkämpfen sind die Arbeitnehmer mit demselben Maße zu messen, wie die Arbeitgeber.

d) **RG.** JW. **05** 20. Die öffentliche abfällige Kritik der gewerblichen Leistungen eines Konkurrenten zu dem Zwecke, ihm die Kundschaft abspenstig zu machen, kann Schadensersatzansprüche und bei zu besorgender Wiederholung auch Unterlassungsklage rechtfertigen.

9. Verhältnis zum Wettbewerbsgesetze. Vgl. JDR. **3** § 826 Ziff. 8; JDR. **3** UnlWG.

a) Marcus, UnlW. **5** 26. § 826 greift auch dann ein, wenn unlautere Konkurrenz durch befugte Beilegung einer eben erloschenen Firma erfolgt.

b) **RG.** JW. **05** 507 vgl. zu § 1 UnlWG.; OLG. Cöln, UnlW. **5** 25.

c) *Finger, UnlW. **4** 87 ff. Die Frage, ob durch den Gebrauch eines nicht in die Zeichenrolle eingetragenen Warenzeichens unlauterer Wettbewerb begangen werden kann, ist ausnahmslos nach den allgemeinen Regeln, insbesondere

nach § 826 BGB. zu beantworten. Auch kein in die Zeichenrolle eingetragenes Warenzeichen darf zur Begehung von durch das WettbewerbsG. oder § 826 BGB. verbotenen Handlungen benutzt werden. Gegen solche Handlungen stehen dem Verletzten die Rechtsbehelfe aus dem WettbewerbsG. bzw. § 826 BGB. zu.

10. Verhältnis des § 826 zum Warenzeichengesetze. Vgl. **RG.** JW. **05** 743.

RG. (Straff.) HansGZ. **05** Hptbl. 169. Solange ein Warenzeichen nicht gelöscht ist, kann auch aus § 826 ein Grund gegen die volle rechtliche Wirksamkeit des Zeichens nicht hergeleitet werden.

11. **a)** OLG. Cassel, SeuffA. **60** 15. In der Nachbildung einer nicht gesetzlich geschützten Zeichnung zur Empfehlung eines gewerblichen Erzeugnisses, das der erste Veranlasser der Zeichnung mit dieser Zeichnung dem gewerblichen Verkehr empfiehlt und der Nachbildner ebenso dem Verkehr anzubieten bezweckt, ist ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht enthalten. Von einem solchen Verstoße könnte nur dann gesprochen werden, wenn der Nachbildner dieselbe Zeichnung nicht auf anderem Wege als durch Benutzung der Zeichnung, etwa durch Photographieren oder Nachzeichnen nach der Natur herstellen könnte.

b) Finger, ElsLothZ. **05** 103, behandelt das Verhältnis der internationalen Union zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 zum BGB.

12. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **3** Ziff. 11.

a) Kuhlenbeck, BayRpflZ. **05** 65 ff. Der Verleiter oder Anstifter zu einem Selbstmorde ist demjenigen, dessen Vermögensinteressen durch die Selbstentleibung geschädigt wurden, zum Schadensersatze verpflichtet.

b) **RG.** **60** 1 ff., 4, JW. **05** 141, BayRpflZ. **05** 129. Ein Unternehmen, das offensichtlich in erster Linie den Zweck verfolgt, angesichts die Allgemeinheit gefährdender Erscheinungen das Publikum in breiten Schichten zu warnen und zu belehren, kann nicht als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Handeln erachtet werden.

c) HansGZ. **05** Beibl. 73 (Hamburg). Verbotswidrige Benutzung eines fremden Namens zu Reklamezwecken schließt einen Verstoß gegen die guten Sitten ein.

d) SchlHolstAnz. **05** 115 (Kiel), vgl. o. Ziff. 2 b u. 3 b. Unbestimmte Angaben, welche ein Kaufmann im Interesse seines Kredits über seine Geschäftslage macht, um seine Lage möglichst günstig darzustellen, enthalten keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Derartige beschönigende Verschleierungen sind üblich.

e) OLG. Dresden, SächsA. **14** 751. Die unrichtige Bekanntmachung einer Firma, daß eine andere Firma nicht mehr existiere und in der zuerst genannten Firma ihre Nachfolgerin erhalten habe, fällt unter § 826 BGB.

f) Haftung für Auskunft. **RG.** JW. **05** 370 (vgl. Weyl 231). α. Verschweigt der um Auskunft Ersuchte, daß die Person, über welche Erkundigungen eingezogen werden, früher zweimal im Konkurse gewesen sei, daß einmal sogar der Konkurs mangels Masse nicht eröffnet worden sei, so macht er sich haftbar, falls der Ersuchende auf Grund der Auskunft dem Dritten Kredit gewährt und Schaden erleidet.

β. **RG.** PucheltsZ. **05** 14. Hat der die Auskunft Erteilende an die Wahrheit seiner Mitteilungen geglaubt und hatte der Empfänger an diesen ein berechtigtes Interesse, so ist es ausgeschlossen, daß der Auskunft Gebende durch diese Mitteilungen gegen die guten Sitten verstößt.

γ. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 41 ff., 44. Zur Annahme des Vorsatzes bei einer falschen Auskunft genügt die Feststellung, daß der Erteilende gewußt habe, seine Auskunft werde möglicherweise den anderen Teil zum Kreditieren bestimmen.

g) Ausstellung eines Zeugnisses. **RG.** JW. **05** 369, DJZ. **05** 697, PucheltsZ. **05** 344. Der Prinzipal, der in einem dem Handlungsgehilfen ausgestellten Zeugnisse Angaben macht, deren Unwahrheit ihm bewußt ist, macht sich einer absichtlichen Täuschung derjenigen, denen der Handlungsgehilfe das Zeugnis vorlegt, bzw. mindestens eines Versuchs einer solchen Täuschung schuldig. Eine solche Handlungsweise läuft durchaus wider Treu und Glauben und stellt unzweifelhaft einen Verstoß gegen die guten Sitten dar. Sie verpflichtet daher den Aussteller des Zeugnisses gegenüber dem Geschädigten zum Schadensersatze, sofern sie als eine vorsätzliche Schadenszufügung anzusehen ist; hierzu aber genügt es, daß der Aussteller sich der schädlichen Folgen, welche anderen durch die unrichtigen Angaben des Zeugnisses erwachsen können, bewußt ist. (S. a. o. zu § 630 Ziff. 5.)

h) Arglistige Täuschung. Vgl. o. § 823 Ziff. 9i.

α. **RG. 59** 155, JW. **05** 42, DJZ. **05** 71 (vgl. o. §§ 124 u. 249 2bβ). Das arglistige Täuschen verstößt gegen die guten Sitten. Wird dadurch einem anderen vorsätzlich Schaden zugefügt, so hat der Täuschende den Schaden zu ersetzen.

β. BankA. **4** 141 (Hamburg). Ein Bankier, der beim Verkaufe von Wertpapieren seinen Kunden über den Kurs derselben in Unkenntnis läßt und sich einen den Börsenpreis unmäßig übersteigenden Kaufpreis ausbedingt, macht sich gemäß § 826 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten schadensersatzpflichtig.

γ. Über Schadensersatz bei anfechtbaren Verträgen s. o. zu § 249 Ziff. 2b.

δ. **RG. 59** 104. Dem Käufer eines Grundstücks, der über einen Mangel desselben arglistig getäuscht ist, steht nach der in Kenntnis des Mangels geschehenen Annahme der Anspruch auf Schadensersatz nach § 826 nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme vorbehält. Dagegen *Prym 63 ff., welcher der Ansicht ist, daß die im § 464 geregelte, in Kenntnis des Mangels erfolgte vorbehaltlose Annahme die Anwendbarkeit des § 826 nicht notwendig ausschließt.

i) RG. JW. **05** 391, SächsA. **15** 698 (vgl. oben § 812 Ziff. 10a). Ein Gläubiger, der von seinem Schuldner die Bezahlung seiner Forderung erhält, verstößt mit deren Annahme gegen die guten Sitten, wenn er weiß, daß das Geld von dem Schuldner pflichtwidrigerweise aus dem Vermögen seiner Ehefrau entnommen ist. Hier bedarf es des Beweises, daß die Schuld nicht bestanden habe, für den Kläger nicht: denn auch wenn sie bestand, handelte der Empfänger unsittlich i. S. des § 826, wenn er die Herkunft des Geldes und die pflichtwidrige Verfügung kannte.

k) RG. JW. **05** 431, PucheltsZ. **05** 577, PosMSchr. **05** 130 (vgl. unten zu § 1353). § 826 findet auch auf das Verhältnis der Eheleute Anwendung, denn gegenüber Handlungen, die sich nicht nur als Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten, sondern auch als Verletzungen i. S. des § 826 darstellen, darf auch der Ehegatte desjenigen Schutzes nicht entbehren, der jedem anderen auf Grund des Gesetzes zuteil wird. Verstöße der Ehefrau gegen die §§ 1353 Abs. 1, 1356 machen sie an sich noch nicht schadensersatzpflichtig.

l) OLG. Cöln u. **RG.** PucheltsZ. **05** 8 ff. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn eine Hauseigentümerin in ihr Haus zu unsittlichen Zwecken Frauenspersonen aufnimmt oder wenn sie selbst darin Unzucht treibt. Über Feststellung des Vorsatzes vgl. 11.

m) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 213. Anwendung des § 826 auf die väterliche Aussage eines bestimmten Erbteils nach Flensburger Stadtrecht.

n) Ullmann, JW. **05** 521. Eine vermögende Frau, welche die Unfähigkeit ihres Mannes zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht kennt und duldet, daß ihr

Mann den Arzt annimmt, obwohl ihr bekannt ist, daß der dem Arzt gegen ihren Mann erwachsende Anspruch wertlos, weil unrealisierbar ist, handelt gegen die guten Sitten, fügt dem Arzt Schaden zu und hat das Bewußtsein der Schädigung des Arztes. Ein Anspruch aus § 826 ist hiermit gegeben. Der Umstand, daß der Mann der Frau gegenüber verpflichtet war, die ärztliche Hilfe zu beschaffen, ändert hieran nichts, weil der Frau bekannt war, daß dieser ihr Anspruch gegen den Mann unrealisierbar ist. Der sich hieraus gegen die Frau ergebende Anspruch ist ein Schadensersatzanspruch, der auf Bezahlung der Dienste des Arztes geht. Kennt die Frau die Vermögenslosigkeit des Mannes nicht, so wird weder im ersten, noch im zweiten Fall ein Anspruch des Arztes gegen sie gegeben sein. (S. a. o. zu § 683 Ziff. 3 b.)

o) LG. II Berlin, KGBl. **05** 97. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn die Inhaberin eines Geschäfts, eine Ehefrau, ihren Lieferanten nicht darauf aufmerksam macht, daß sie die Inhaberin ist, obgleich sie weiß, daß der Lieferant ihren Ehemann für den Inhaber hält. Die Ehefrau hat den dem Lieferanten hieraus entstehenden Schaden (Kosten eines gegen den Ehemann geführten Prozesses) zu tragen.

p) RG. JW. **05** 237 f. Es verstößt gegen die guten Sitten, wenn jemand bei dem Angebot und Verkaufe von Waren diesen Waren wider besseres Wissen Eigenschaften beilegt, die sie wertvoller erscheinen lassen, obwohl sie diese nicht besitzen.

q) Widerspruch gegen einen Teilungsplan auf Grund des § 826: OLG. **11** 327 (Naumburg).

r) Preisunterbietungen (vgl. JDR. **3** § 826 Ziff. 11 m).

α. LG. I Berlin, UnlW. **4** 57. Der Verkauf von Waren unter einem festbestimmten Preise verstößt nicht gegen die guten Sitten.

RG. SeuffA. **60** 328 ff., 330 f. schon JDR **3** § 826 Ziff. 11 m.

OLG. Kiel, SchlHolstAnz **05** 289. Preisunterbietungen rechtfertigen noch nicht den Vorwurf eines unsittlichen Verhaltens.

β. KG., UnlW. **4** 97. Lockmittelunwesen (vgl. UnlWG. § 1). Es mag dahingestellt bleiben, ob das sog. Lockartikelwesen, insbesondere die Maßnahme, Waren unter dem Einkaufspreise zu verkaufen, vom Standpunkte der strengen Reellität im Geschäftsleben zu verwerfen ist oder nicht; jedenfalls würde der Auffassung, daß das Verkaufen mit Verlust zum Zwecke der Heranziehung von Kunden überhaupt gegen die guten Sitten verstößt, zu weit gehen, so daß auch § 826 nicht verletzt ist.

s) § 826 und die exceptio doli generalis. Vgl. JDR. **3** § 826 Ziff. 11 n. Silbermann, BayRpflZ. **05** 35 (vgl. oben § 242).

t) *Weyl, § 826 und das Plagiat. Vgl. JDR. **1** § 826 Ziff. 7 k (484).

§ 827. 1. *Weyl 575 ff. Das Gesetz zieht die Grenzen der Willensfähigkeit in den §§ 827 u. 828. Die Grenzlinien finden sich innerhalb der Lehre von den „unerlaubten Handlungen" und können darum als Normen, die nicht im allgemeinen Teile oder doch wenigstens in den allgemeinen Abschnitten (1—6) des 2. Buches stehen, keinen Anspruch auf Beachtung außerhalb der Deliktsobligationen erheben. Andererseits wird diese durch §§ 827 f. begrenzte „Deliktsfähigkeit" durch § 276 Abs. 1 Satz 3 auf alle Fälle ausgedehnt, in denen „der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten" hat. Daraus ergeben sich einerseits Erweiterungen, andererseits Einschränkungen für die Anwendbarkeit der §§ 827 f. (576). — Wo diese positiven Vorschriften der §§ 827 f. nicht anwendbar sind, hat der Richter unabhängig von der dortigen Grenzziehung die Verantwortlichkeit zu prüfen und dabei die Unterscheidung zwischen Vorsatz im engeren und im weiteren Sinne zu beachten. — Einzelfragen

(585), ob die §§ 827 f. anwendbar auf §§ 254, 846, 278, 831 f., 833 ff., 42, 53, 123, 228 ^{2}, 231, 307, 1565 ff. (z. Teil bejaht, z. Teil verneint; so z. B. zu §§ 1565 ff. gegen Engelmann und Litten). Beweislast im § 827 trifft den Täter dahin, daß er den Exkulpationsbeweis zu führen hat (586 f., 623).

2. J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 369. Die Zurechnungsfähigkeit des Menschen beginnt mit dem Vorliegen der Handlungsfähigkeit. Eine Ausnahme macht das BGB. für unerlaubte Handlungen, in anderen Fällen hat der Richter im Einzelfalle zu prüfen, ob das Bewußtsein der Handlung zu bejahen ist. Demnach ist die Praxis des RG. zutreffend, wenn es die für die Bestrafung Dritter erhebliche Frage nach der Zurechnungsfähigkeit der Strafunmündigen freier richterlicher Prüfung überläßt (368 ff.). Somit ist auch die Bestrafung eidesunfähiger Jugendlicher durch eine Plenarentscheidung zu billigen.

§ 828. 1. BraunschwZ. **05** 5 ff. (Braunschweig). § 828 verlangt nicht eine solche Einsicht, welche zur Erkenntnis der Entstehung einer zivilistischen Verbindlichkeit erforderlich ist; es genügt vielmehr die Fähigkeit zu erkennen, daß man irgendwie zur Rechenschaft wegen des zugefügten Schadens werde gezogen werden können. Diese Erkenntnis hat ihre naturgemäße Quelle in derjenigen des getanen Unrechts, kann deshalb nur in und mit dieser vorhanden sein, so daß man bei Prüfung der im § 828 bestimmten Einsicht einmal das Vermögen, Recht von Unrecht zu unterscheiden, und dann die Fähigkeit, die Rückwirkung der Handlung auf den Rechts- und Pflichtenkreis des Täters zu beurteilen, ins Auge zu fassen hat. Zugestimmt wird vom OLG. der vom **RG. 53** 154 (JDR. **I** § 828) gegebenen Formulierung.

2. **a**) **RG.** JW. **05** 48. Das Berufungsgericht hatte das Vorhandensein der Einsicht einzig auf die Tatsache gegründet, daß Bekl. 15 J. alt gewesen ist, und das ist rechtlich nicht zulässig. Aus dem Alter allein läßt sich der Beweis nicht herleiten, daß er im gegebenen Falle die erforderliche Einsicht besessen hat. Liegt daher nach Maßgabe der Verteidigung des Beklagten ein Anlaß zu der erwähnten Feststellung vor, so muß sie anders begründet werden. Die Annäherung des Bekl. an das Alter, wo er voll verantwortlich ist, kann nur in Verbindung mit anderen, der Lage des Einzelfalls entnommenen Umständen für den in Frage stehenden Beweis verwertet werden.

b) **RG.** JW. **05** 531. Das BGB. hat durch die Art, wie die Worte des § 828 Abs. 2 gefaßt sind, deutlich zu erkennen gegeben, daß im Zweifel jedes über sieben Jahre alte Kind als deliktsfähig gelten soll, so daß der Mangel der erforderlichen Einsicht erst besonders geltend gemacht sein muß, wenn er in Betracht gezogen werden soll. Vgl. OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 5 f.

3. §§ 828 und 254 s. o. zu § 254 Ziff. 3 c.

RG. 59 221, JW. **05** 16, OLG. Bamberg, SeuffA. **60** 186, SchlHolstAnz. **05** 102.

§ 829. *Weyl. § 829 bezieht sich (schon wegen seiner Stellung in Anschluß der §§ 827 ff. an §§ 823—826) nicht auf §§ 833 ff. (261). — Er baut sich nicht auf dem Verschuldensprinzip auf (578). — Er kann zu § 254 nicht herangezogen werden (300). — § 829 muß nicht, aber darf auch außerhalb §§ 827 f., 276 I ^{3} vom Richter, angewendet werden (607).

§ 830. 1. Träger 273 ff. — **a**) Zu Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 (282). Von mehreren vorsätzlich oder fahrlässig Handelnden haftet jeder, der den ganzen Erfolg adäquat verursacht hat, für den ganzen daraus entstehenden Schaden. Der ganze Erfolg ist aber von demjenigen verursacht, dessen Handlung nicht wegzudenken ist, ohne daß der juristisch bedeutsame Erfolg überhaupt wegfällt. Zu den den ganzen Erfolg verursacht habenden Personen gehören stets die vorsätzlichen Teilnehmer an vorsätzlichen unerlaubten Handlungen (Mittäter, Anstifter,

Gehilfen). Wer nur einen Teil des Erfolges adäquat verursacht hat, haftet nur anteilsmäßig. Verursachung eines Teiles des Erfolges seitens der einzelnen Täter liegt aber vor, wenn zwei oder mehrere entweder vorsätzlich als Nebentäter oder fahrlässig selbständig entscheidende (also nicht komplementär entscheidende) Bedingungen zum Erfolge setzen, d. h. solche Bedingungen, von denen jede für sich — abgesehen von den Handlungen der übrigen — den Erfolg jedoch in geringerem Umfange herbeigeführt haben würde.

b) Zu Abs. 1 Satz 2 (284 ff.). α. Jeder, der an einer unerlaubten Handlung beteiligt ist, d. h. an einer solchen Handlung, die durch ein Gesetz, insbesondere durch eine Rechtsverordnung polizeilicher Natur, verboten ist, haftet, wenn ein Schaden entstanden und dessen Verursacher nicht zu ermitteln ist, für den Schaden, sofern das Rechtsgut, das durch die Gesetzesvorschrift geschützt ist, gerade infolge der Verwirklichung einer solchen Gefahr verletzt ist, wie sie zu verhüten die Schutznorm bezweckte.

β. (288 ff.) Die Beweisschwierigkeit oder -Unmöglichkeit als solche führt keine solidarische Haftung der mehreren das Rechtsgut eines anderen gefährdenden, aber selbständig und unabhängig voneinander handelnden Personen herbei, auch wenn einer von ihnen den eingetretenen schädlichen Erfolg verursacht haben muß. Es haftet ein jeder vielmehr nur für den Schaden, der nachweisbar von ihm herbeigeführt ist. Die Gefährdungseigenschaft der Handlung allein ersetzt nicht den Nachweis des Kausalzusammenhanges.

2. *Rumpf 50 f. **a)** Die gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung setzt kein subjektives Band zwischen den Teilnehmern, keine Willensgemeinschaft voraus. Daher haften nicht nur fahrlässige und vorsätzliche, aber voneinander unabhängige Teilnehmer, sondern z. B. auch die Eigentümer mehrerer schadenstiftender Tiere gemäß §§ 830, 840 als Gesamtschuldner. ➸ Ebenso jetzt **RG. 58** 357, JW. **05** 289. ⟵ Voraussetzung der Gesamthaftung der Eigentümer mehrerer Tiere ist, daß ein einheitlicher, d. h. ein nicht ohne weiteres in bestimmte Teile zerfallender Schaden vorhanden ist.

b) Ob jemand als Gehilfe, Anstifter oder Mittäter zur Herbeiführung des Schadens mitgewirkt hat, ist gleichgültig, wenn er nur den Schaden adäquat verursacht hat (vgl. o. § 249 Ziff. 3 a.) (56).

c) Diejenigen Personen sind im Sinne des § 830 Satz 2 an einer unerlaubten Handlung „beteiligt", von denen mindestens eine den eingetretenen Schaden adäquat verursacht hat, während alle durch ihr schuldhaftes Zusammenhandeln den eingetretenen Erfolg allgemein begünstigt haben (68). ➸ Ähnlich jetzt **RG. 58** 357; aA. Träger, Der Kausalbegriff 284 f. ⟵ Der § 830 Satz 2 enthält eine Umkehrung der Beweislast hinsichtlich des Kausalzusammenhanges zugunsten des Geschädigten (70).

3. R. **05** 194 (Stuttgart). Die Bestimmung des § 830 ist nicht dahin zu verstehen, daß der an einer Körperverletzung Beteiligte nur dann für die Folgen einer bestimmten Verletzung verantwortlich ist, wenn gegen ihn eine solche Art der Beteiligung erwiesen ist, durch welche die Verletzung verursacht worden sein kann; vielmehr haftet jeder Beteiligte, der überhaupt gegen den Verletzten tätlich geworden ist, selbst wenn er sich nicht während des ganzen Verlaufs der Schlaghändel von Anfang bis zu Ende beteiligt hat, für die Folgen der Verletzung, solange sich nicht ermitteln läßt, wer von den Beteiligten durch seine Handlung den Schaden verursacht hat und die Möglichkeit besteht, daß jeder derselben ihn verursacht hat. Wenn also bei einer Rauferei jemand durch einen Messerstich verletzt worden ist, ohne daß erwiesen wird, wer den Stich geführt hat, so haftet jeder Beteiligte, bis er nachweist, daß er kein Messer gebraucht

hat oder daß der Messerstich vor oder nach seinem Eingreifen beigebracht worden ist.

4. **RG.** SeuffA. **60** 196 s. schon JDR. **3** § 830 Ziff. 1a. **RG.** BadRpr. **05** 9 s. schon JDR. **3** § 830.

Zu §§ 831, 832. *Fischer. Sie sind nicht Fälle der Haftung für fremdes Verschulden, als welche sie gewöhnlich behandelt werden, da die Haftung daraus wegen des eigenen Verschuldens des Verantwortlichen eintritt; die Zurechnung des fremden Verschuldens liegt hier vielmehr in der Umkehrung der Beweislast (71—73).

§ 831. 1. Inhalt, Maß der Pflicht. Vgl. JDR. **3** § 831 Ziff. 1. — Über den Unterschied der Haftung aus §§ 831 und 31 BGB. s. o. zu § 89.

a) Jebens, PrVerwBl. **26** Beil. 1. Die Bestimmungen des § 831 heben sich von den des § 278 darin ab, daß für ihre Anwendung überhaupt kein Raum ist, wo durch das Verschulden einer Hilfsperson die Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung einer kraft bestehenden Schuldverhältnisses dem Geschäftsherrn obliegenden Verbindlichkeit verursacht worden ist. Auch rechnet der § 831 durchaus nicht gleich dem § 278 mit einem subjektiven Verschulden des Bestellten oder Angestellten; auf seiten dieser Person wird ein Mehreres nicht erfordert als objektive Widerrechtlichkeit (**RG. 50** 65, JDR. **1** § 832 Ziff. 4). § 831 setzt aber ein Verschulden des Geschäftsherrn voraus. Die Verrichtungen, zu denen jemand angestellt ist, können in tatsächlichen und rechtlichen Handlungen bestehen; auch ist es gleichviel, ob die Bestellung unter Zusicherung eines Entgelts oder ohne solche, ob sie zu einer dauernden oder einer nur vorübergehenden Tätigkeit, mit oder ohne Einräumung einer Vertretungsmacht und einer gewissen Selbständigkeit erfolgte. Die schädigende Handlung darf nicht außerhalb des Kreises der übertragenen Verrichtungen liegen.

b) KG., R. **05** 134. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 831 BGB. schließt die Haftung aus § 823 BGB. nicht grundsätzlich aus (vgl. **RG. 53** 53). Es ist nach der Lage des besonderen Falles zu entscheiden, ob derjenige, welcher einen anderen zur Verrichtung bestellt hat, eine besondere Aufsichtspflicht zu erfüllen hat.

RG. R. **05** 472. In erster Linie trifft den Unternehmer die Verantwortlichkeit für ein Unternehmen, dessen Ausführung andere gefährden kann, und demgemäß trifft ihn bei einer von ihm übernommenen Ausschachtung von Erdreich an einem dem Verkehr eröffneten Orte die Pflicht, für die Verwahrung des Schachtes in ausreichender Weise Sorge zu tragen. Neben seiner Haftung für die Verrichtungen der von ihm hierzu bestellten Personen besteht die Haftung für die ihm persönlich obliegenden Handlungen, also für die Unterlassung der ihm obliegenden Maßnahmen. Diese sind nicht mit der Auswahl der zu den Verrichtungen geeigneten Personen erschöpft. Zu jenen gehört vielmehr, abgesehen von der Bereitstellung der erforderlichen Gerätschaften, in erster Linie die entsprechende Anweisung der Arbeiter, die Beobachtung etwa bestehender Polizeivorschriften und die Kontrolle über die richtige Ausführung der einem anderen übertragenen Verrichtungen.

c) **RG.** PucheltsZ. **05** 651. Wenn von einem Handwerksmeister ein ausgebildeter Geselle und ein Lehrling zur Ausführung einer größeren Arbeit entsandt werden, so ist aus der Stellung dieser beiden Personen zueinander und zur Sache hieraus zunächst nur anzunehmen, daß derjenige, der zur Verrichtung der Arbeit bestellt wurde, eigentlich allein der Geselle ist, dem der Lehrling zur Hilfeleistung und Handreichung nach den Weisungen des ersteren beigegeben ist, damit er zugleich, indem er der Ausführung der Arbeit durch den Gesellen sein Augenmerk zuwendet, die Arbeit erlerne und als Lehrling sich ausbilde, daß

er aber nicht gleich dem Gesellen zu selbständiger Verrichtung mit diesem bestellt sein soll. Ist in diesem Sinne der Lehrling nur dienendes Werkzeug des Gesellen, dann bedarf es für ihn eines selbständigen Beweises der Sorgfalt in der Auswahl überhaupt nicht, da er unter den Augen des Gesellen nur das ausführt, was dieser angeordnet hat. Bezüglich eines Lehrlings, der nur als solcher tätig sein soll, vermag kein Meister den Beweis der Tüchtigkeit zu der Verrichtung selbst zu erbringen, da er diese ja durch die Hilfeleistung bei ihm erlernen soll; und deshalb braucht er einen solchen Beweis auch nicht zu führen. Ist weiter der Lehrling dem Gesellen ebenfalls zur Hilfeleistung, jedoch in der Weise beigeordnet, daß er gewisse, untergeordnete Teile der Arbeit unter der Aufsicht des Gesellen, aber doch mit einem gewissen Grade von Selbständigkeit und ohne für jeden einzelnen Handgriff von der Anweisung des Gesellen abhängig zu sein, dann ist hinsichtlich der Sorgfalt seiner Auswahl zwar ein gewisser Beweis nach § 831 BGB. zu führen, dieser beschränkt sich aber darauf, daß der Lehrling zu der Hilfeleistung in dem erörterten Sinne tauglich sei. Nur wenn die auszuführende Verrichtung die Kräfte zweier ausgebildeter Arbeiter erforderte, deren Kenntnis und Erfahrung zusammenwirken müßte, um die Arbeit zur Vollendung zu bringen, kann und muß angenommen werden, daß Geselle und Lehrling beide in gleicher Weise mit der Arbeit betraut waren und betraut sein sollten und muß demnach auch der Beweis der Sorgfalt der Auswahl für die Ausführung der Verrichtung selbst in gleicher Weise für beide Angestellten verlangt werden.

d) OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 22. Bei Auswahl eines Straßenwärters beobachtet die Gemeinde die erforderliche Sorgfalt, wenn sie einen jungen kräftigen Mann (früheren Unteroffizier) anstellt. Eine solche Person ist eine zum Straßenwärter durchaus geeignete, da besondere technische Vorkenntnisse für eine solche Stellung nicht erforderlich sind.

2. Personenkreis. Vgl. JDR. **3** § 831 Ziff. 2.

FischersZ. **29** 329 (Stuttgart). Ein Straßenwärter ist eine nach § 831 angestellte Person.

RG. EisenbE. **21** 141. Hausmeister einer Postanstalt s. schon JDR. **3** § 831 Ziff. 2b.

3. OLG. Zweibrücken, PucheltsZ. **05** 543. Die Haftbarkeit des Geschäftsherrn aus § 831 setzt kein Verschulden der bestellten Person voraus. Denn der Anspruch gegen den Geschäftsherrn beruht nicht darauf, daß der Geschäftsherr für ein Verschulden des anderen einzustehen hat, sondern darauf, daß ihn selbst ein Verschulden trifft. Es genügt objektiv widerrechtliche Schadenszufügung. Vgl. JDR. **2** § 831 Ziff. 3.

4. *Fischer. Die schädigende Handlung ist dann „in Ausführung der Verrichtung" vorgenommen, wenn sie in der technischen Eigenart der Verrichtuug ihren Grund hatte; vorsätzliche Schädigungen sind nie in Ausführung der Verrichtung erfolgt (80/3). — Verhältnis des § 831 zu § 278: s. zu § 278.

5. Beweis und Gegenbeweis. Vgl. JDR. **3** § 831 Ziff. 3.

RG. 59 203, EisenbE. **21** 370 s. schon JDR. **3** § 831 Ziff. 3a.

RG. SeuffBl. **05** 351. Der dem Geschäftsherrn aus § 831 obliegende Entlastungsbeweis kann nicht durch allgemeine, aus der Natur eines Unternehmens geschöpfte Erwägungen als geführt erachtet werden.

RG. JW. **05** 340. Der Beweis des Beklagten, daß er bei der Auswahl und Anstellung der Arbeiter berechtigten Grund hatte, anzunehmen, dieselben für ordentliche und vorsichtige Arbeiter zu halten, kann nicht durch ein späteres unvorsichtiges Verhalten der Arbeiter bei einer dienstlichen Verrichtung abgeschnitten oder widerlegt werden (vgl. **RG. 53** 56, JDR. **2** § 831 Ziff. 1).

ElsLothZ. **05** 263 (Colmar) (vgl. o. § 823 Abs. 1 Ziff. 9 c ζ). Von der Pflicht zum Ersatze des durch einen Sturz in einen Schacht entstandenen Schadens ist der Unternehmer entlastet, wenn er sich ausweisen kann, einem zuverlässigen Schachtmeister die Ausschachtung und Absperrung anvertraut zu haben.

6. Einzelne Fälle. Vgl. JDR. **3** § 831 Ziff. 5.

a) Dronke (s. o. § 254 Ziff. 7 c). Der Eisenbahnunternehmer haftet für den durch einen Betriebsunfall verursachten Körperschaden auch dann nicht, wenn der Verletzte einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hatte und der schädigende Unfall von dem anderen in Ausführung der Verrichtung widerrechtlich verursacht worden ist; die Haftpflicht des Unternehmers tritt jedoch ein, wenn der verletzte Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hatte, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Unfall auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

b) **RG.** SeuffA. **60** 12 s. schon JDR. **3** § 831 Ziff. 5 b (Haftung des Eigentümers eines Automobils für seinen Wagenführer).

OLG. Colmar, DJZ. **05** 608. Der Entlastungsbeweis des Dienstherrn nach § 831 hat sich bei einem durch einen Motorwagen veranlaßten Unfalle nicht bloß auf die technische, sondern insbesondere auch auf die allgemeine Zuverlässigkeit des Motorwagenführers zu erstrecken.

c) Spittel, R. **05** 248, ist im Gegensatze zu Hilse (R. **05** 192) der Meinung, daß sich eine Haftpflicht des Fiskus aus § 831 herleiten läßt, wenn bei einer Musterung ein Militärpflichtiger dadurch einen Unfall erleidet, daß er auf dem glatt gebohnerten Fußboden des sonst als Tanzsaal dienenden Musterungslokals zu Falle kam.

d) KG., R. **05** 225. Bei dem durch ungeschicktes oder leichtsinniges Fahren eines Knechtes verursachten Unfalle wird der Tierhalter gemäß § 831 BGB. durch den Nachweis entlastet, daß der Knecht sich nach den auf dem Lande herrschenden Anschauungen zum Knecht und Führer eines Gefährts eignet. In der Bestellung eines solchen zu Verrichtungen dieser Art liegt kein Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Jener Nachweis kann nicht durch den Einwand entkräftet werden, daß dem Leiter des Gefährts eine besondere Ausbildung zu einem Fahrknecht auf dem Lande gefehlt habe. Die im Verkehr auf dem Lande erforderliche Sorgfalt verlangt nicht, daß nur einem zum Fahren und Umgehen mit Pferden besonders ausgebildeten Knechte ein Gefährt anvertraut wird.

e) KG., R. **05** 79. Die kunstwidrige Herstellung eines Grabens zwecks Legung eines Gasrohrs macht den Eigentümer des betreffenden Grundstücks für den entstehenden Schaden gemäß § 831 BGB. nur dann haftbar, wenn er bei der Auswahl der zur Ausführung bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat oder diese Sorgfalt bei eigener Leitung der Ausführung von ihm nicht angewendet worden ist.

f) **RG.** R. **05** 529. Juristische Personen können auch außerkontraktlich für Gesetzesverletzungen ihrer Willensorgane verantwortlich sein (**RG.** **19** 352, **47** 328), wenn die Gesetzesverletzung von dem betreffenden Beamten innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises und in Wahrnehmung einer amtlichen Obliegenheit begangen ist. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn Beamte einer Gemeinde in Ausübung des von dieser betriebenen Gewerbes Patente verletzen.

g) Golde, Bernhöft u. Binders Beitr. Heft 6 394 ff., 411 ff., 415 über das Verhältnis von § 278 zu § 831.

Über den Umfang der Haftung des Geschäftsherrn für seinen Gehilfen vgl. AG. Ermsleben und LG. Halle a. S., NaumburgAK. **05** 54.

§ 832. 1. *Fischer, Die nicht auf den Parteiwillen gegründete Zurechnung fremden Verschuldens nach dem BGB. (Vgl. o. zu § 276 Ziff. d.) Aufsichtspflichtig im Sinne des § 832 sind auch der Lehrherr gegenüber dem Lehrling und der Lehrer gegenüber dem Schüler (95/7).

2. Riebel, DJZ. **05** 693 f. Schadensersatzpflichtig macht nur die Vernachlässigung der Aufsichts-, nicht die der Erziehungspflicht. — Alle Vernachlässigung erzieherischer Fürsorge zu rechtlichem Wollen hat außer Betracht zu bleiben; es ist nur die Vernachlässigung des Eingreifens in gegenwärtige Willens- oder Tätigkeitsakte zu berücksichtigen, und zwar nur, soweit sie schädigende Wirkung haben können. Die Möglichkeit der Ausübung der Aufsichtspflicht ist Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 832. Der Aufsichtspflichtige braucht die Unmöglichkeit der Ausübung nicht zu behaupten und zu beweisen, vielmehr ist es im Bestreitungsfalle Sache des Beschädigten, diesen Beweis zu führen.

3. **RG.** JW. **05** 21 (vgl. JDR. **3** § 832 Ziff. 2). Der Maßstab für die an die Eltern und sonstigen Aufsichtspflichtigen zu stellenden Anforderungen ist zu finden in dem, was nach Alter und Individualität der Kinder von verständigen Eltern in Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Lage und ihrer Kräfte an Erziehung und Aufsicht erwartet werden kann. Im gegebenen Falle war der zu beaufsichtigende Sohn des Beklagten zur Zeit der von ihm begangenen schädigenden Handlung fast 17 Jahre alt, der beklagte Vater aber infolge seines Gewerbes als Fuhrmann viel vom Hause abwesend. Eine Beaufsichtigung auf Schritt und Tritt war bei diesem Alter des Sohnes nicht wohl möglich, und von dem Vater konnte namentlich die Bestellung eines Vertreters für die Dauer seiner jedesmaligen Abwesenheit nicht verlangt werden. Vorliegend neigte der Sohn zu Exzessen, war auch vorbestraft. Die Behauptung des Vaters, daß er von den Handlungen seines Sohnes keine Kenntnis gehabt habe, ist erheblich. Nur wenn dies der Fall ist, muß eine strengere Aufsicht gefordert werden. — Über Führung von Schußwaffen eines Minderjährigen **RG. 52** 69 (JDR. **2** § 832 Ziff. 1 a). Vgl. über das Maß der anzuwendenden Aufsichtspflicht BraunschwZ. **05** 9 (Braunschweig).

4. OLG. Colmar, R. **05** 501. Da durch die Vorschrift des § 832 das Verschuldungsprinzip nicht durchbrochen wird, da sie vielmehr gerade auf einer Vermutung der Verschuldung des Aufsichtspflichtigen beruht, kann er sich durch den Nachweis seines Nichtverschuldens befreien. Zu seiner Entlastung reicht (abgesehen von dem Falle des Schlußsatzes des Satz 2 des § 832) der Nachweis pflichtmäßiger Bemühung um Erfüllung der Aufsichtspflicht hin. Deren Maß ist nicht bloß nach objektiven Gesichtspunkten, sondern auch nach der subjektiven Befähigung des Aufsichtspflichtigen zu bestimmen. Für den Erfolg der Beaufsichtigung braucht er nicht aufzukommen.

5. *Hinze, EisenbE. **21** 401. Dem aufsichtspflichtigen Vater steht trotz seines Verschuldens ein Anspruch auf Ersatz der für sein geschäftsunfähiges Kind verwendeten Heilungskosten gegen den nach § 1 HaftpflG. haftpflichtigen Eisenbahnunternehmer zu, wenn das Kind allein und nicht auch andere Personen infolge der Unvorsichtigkeit des Kindes im Eisenbahnbetriebe verletzt werden, weil im ersteren Falle keine objektiv rechtswidrige Handlung begangen (?), auch ein Recht des Unternehmers im Sinne des § 823 BGB. nicht verletzt worden sei. (?) — **RG.** v. **19. 1. 03** EisenbE. **20** 44, bekämpft von Hinze das. **21** 401. —

§ 833. 1. Träger 310 ff., 319. Voraussetzung für die Haftung des Tierhalters ist, a) daß die Körperbewegung des Tieres condicio sine qua non des ersten schädigenden Erfolges ist; b) daß Erfolge von der Art des eingetretenen

ersten Erfolges durch das Halten oder Verwenden von Tieren generell erheblich begünstigt werden. Dieses ist aber der Fall, wenn Erfolge von solcher Art entweder durch das Halten von Tieren allein vorkommen (wie durch Beißen, Schlagen oder Stoßen erfolgende Verletzungen) oder doch erheblich häufiger als bei Verwendung von anderen Kräften, z. B. von Menschenkräften oder von Dampfkraft, Elektrizität usw.

2. Kluge 9 ff. Die grundlegenden wirtschaftlichen Gesichtspunkte für die Haftung des Tierhalters im allgemeinen führen zu dem Resultat (20): eine unbedingte Haftung des Tierhalters ist geboten, weil er durch das Tierhalten einerseits die Allgemeinheit gefährdet, andererseits ein Interesse am Tierhalten hat und den Nutzen daraus zieht, verbunden mit der Möglichkeit, etwaigen Schädigungen vorzubeugen und sich durch Versicherung zu decken. — Gefährdung der Allgemeinheit 20 ff. Die Haftung des Tierhalters ist überall da zu verneinen, wo die Anwendung menschlicher oder mechanischer Energie an Stelle der tierischen keine weniger gefährliche Situation geschaffen hätte. Haftung nur in den Fällen spezifischer Tiergefahr. — Das wirtschaftliche Interesse des Tierhalters 26 ff. Die Grundlage für die Haftung bildet die Gefährdung der Allgemeinheit; gefährdet wird dieselbe durch die Ausübung des Interesses des Tierhalters; folglich kann prinzipiell nur der Tierhalter für Beschädigungen haftbar gemacht werden. Übernimmt nun ein anderer durch Vertrag die Aufsicht über das Tier, so kann dieser naturgemäß nur für solche Beschädigungen haftbar gemacht werden, die das Tier infolge mangelhafter Aufsichtsführung verursacht hat; der Grund der Haftung liegt demnach hier — vollkommen getrennt von der des Tierhalters — in einem Nichtinnehalten der durch Vertrag übernommenen Pflichten, also in einem Verschulden. Es bestehen demnach zwei verschiedene Haftungen aus verschiedenen Gründen, die aber auf dasselbe hinauslaufen: Ersatz für den durch ein Tier angerichteten Schaden, der ntaürlich nach Recht und Billigkeit nur einmal dem Beschädigten geleistet werden kann (29 ff.).

3. *Stierle 26, 52, 73 (vgl. JDR. 3 § 833 Ziff. 3). Haftungsgrund ist die Gefährdungshaftung (Rümelin), unterstützt von dem Prinzipe des aktiven Interesses (R. Merkel) und dem des cuius commodum, eius periculum (Unger).

Folgesätze hieraus: a) Für den Kausalzusammenhang: nicht jedes für den Erfolg kausale Verhalten eines Tieres begründet Tierhaftung, vielmehr haftet der Tierhalter nur für solche tierischen Körperbewegungen (bzw. Unterlassungen), durch welche eine spezifische Betriebsgefahr verwirklicht worden ist, und eine solche ist dann nicht verwirklicht, wenn das betreffende tierische Verhalten dem Willen eines Menschen entsprochen hat (einschränkende Auslegung der Worte des Gesetzes „durch ein Tier"). Daher niemals Tierhaftung bei dem gelenkten, überhaupt menschlicher Anweisung folgenden Tiere, wohl aber Haftung für alles andere auch auf physiologischem Zwange beruhende tierische Verhalten (im Gegensatze zum RG.), wenn nur dieses Verhalten im adäquaten KZ. zum haftungbegründenden Vorgange steht. — b) Für den Begriff des Tierhalters: Tierhalter ist jeder, der in seinem Interesse die zum Zwecke dauernder Ausnützung eines Tieres erforderlichen Maßnahmen trifft, bzw. durch Hilfskräfte (§ 834) für sich treffen läßt (gegen Kuhlenbeck, Dernburg, v. Staudinger, Windscheid-Kipp, Isay, auch Oertmann; in wesentlicher Übereinstimmung mit Planck und RG.); — c) Für den Verletzten: sucht jemand freiwillig den von einem Tiere ausgehenden Gefahrenkreis in Kenntnis der Gefahr und mit der Möglichkeit der Einwirkung auf den gefährdenden Betrieb auf, so fehlt es diesem gegenüber am Haftungsgrunde.

RG. JW. **05** 734. Die gesetzliche Haftung des Tierhalters aus § 833 BGB. ist eine, von dem Schuldmomente gänzlich absehende, reine Gefährdungshaftung.

4. v. Lippmann, SächsA. 15 552 ff., bespricht die Schriften von Stierle (IDR. 3 § 833 Ziff. 3, o. Ziff. 3) und von Litten (IDR. 3 § 833 Ziff. 4) unter eingehender Würdigung der reichsgerichtlichen Judikatur. v. Lippmann sagt: Legt man dem Gesetze den Gedanken der Gefährdungshaftung zugrunde, so dürfte sich wohl der Grundsatz aufstellen lassen, daß die Haftung ihre Begrenzung in dem Umfange der durch das Halten von Tieren unter normalen Umständen nach der Erfahrung des Lebens begründeten Gefahren finde.

5. *Weyl. §§ 833 ff. sind leges fugitivae innerhalb des im ganzen auf dem Verschuldensprinzip aufgebauten Tit. 25; s. zur Vorbem. (262) o. zu §§ 823 ff. Ziff. 4 a β. — Darüber, daß §§ 827 f. unanwendbar, s. o. zu § 829 (576, 585). — § 833 ist nicht auf menschliches Handeln und Verschuldensprinzip aufgebaut, nur „Quasidelikt". — Für § 393 interesselos (s. o. § 393).

6. Begriff des Tierhalters.

a) *Fischer, HirthsAnn. 05 688 ff. Tierhalter ist derjenige, welcher ein Tier mit seinem Willen tatsächlich in Besitz hat. Die Übernahme der Sorge für dasselbe auf einen längeren Zeitraum (RG. 52 117) hat als Begriffsmerkmal auszuscheiden. Ob ein Schaden durch ein Tier verursacht ist, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden. Ein Tierschaden liegt dann nicht vor, wenn eine Erregung des Nervensystems des betreffenden Tieres vorlag, daß die psychische Aufwallung so groß war, wie sie bei diesem Tiere nach seiner bisher wahrgenommenen Lebensbetätigung nicht zu befürchten stand. Ein Schaden ist folglich nur dann durch ein Tier verursacht, wenn der Nervenreiz dieses Tier nicht derart in psychische Erregung zu versetzen vermochte, daß eine plötzliche, der gewöhnlichen entgegengesetzte Körperbewegung erwartet werden durfte. Die Haftung für Tierschaden gilt bei Vertragsverhältnissen dem anderen Vertragsteile gegenüber stillschweigend als ausgeschlossen, wenn dem Geschädigten eine Gefälligkeit erwiesen, z. B. ein Pferd leihweise überlassen wird; in diesem Falle würde die exceptio doli gegen die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs schützen. Wer mit dem Tierhalter in ein Vertragsverhältnis tritt, auf Grund dessen er an dem Tiere eine Verrichtung vorzunehmen hat, trägt in der Regel die hieraus drohende Gefahr.

b) Begriff des Tierhalters. SchlHolstAnz. 05 262 (Kiel), entsprechend RG. 52 118 (vgl. IDR. 2 § 833 Ziff. 7a). Im eigenen Interesse sorgt für das Tier nur derjenige, der sich den Wert, den das Tier für den Menschen hat, als solchen zunutze macht, im besonderen die Kraft des Tieres für sich verwertet, und zu dem Ende das Tier in seinem Besitze hat; nicht aber handelt derjenige im eigenen Interesse, für den das Tier nur das Mittel ist zur Erreichung eines gewerblichen Verdienstes, bei dem also der Zweck der Tierhaltung nicht in der Ausnutzung des Tieres an sich besteht, mag er immerhin zur Erreichung seines gewerblichen Interesses das Tier von dessen Eigentümer auf längere Zeit in Wartung und Obdach genommen haben (vgl. RG. 58 410, IW. 05 143, IDR. 3 § 833 Ziff. 10a). Derjenige, der ein Pferd zum Zwecke des Trainierens übernimmt, ist nicht Tierhalter.

c) OLG. Hamburg, HansGZ. 05 Beibl. 251. Ein Verein, der eine Hundeausstellung veranstaltet, kann nicht als Tierhalter angesehen werden. Eine Haftung für den Schaden, welchen einer der ausgestellten Hunde bewirkt hat, könnte den Verein nur aus §§ 823, 834 treffen, in beiden Fällen würde aber für die Haftung erforderlich sein, daß der Verein bei der Führung der Aufsicht über die ausgestellten Tiere die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat.

d) OLG. Stuttgart, R. 05 472. Der Tierhalter haftet für den durch sein Pferd verursachten Schaden auch dann, wenn der schadenbringende Unfall sich ereignet hat, während das Pferd an einen Dritten vermietet war und einer

Person zugestoßen ist, welche der Mieter ohne Wissen des Tierhalters als Fahrgast aufgenommen hatte.

7. Kausalzusammenhang (durch ein Tier). Vgl. JDR. 3 § 833 Ziff. 8.

a) *Schmoller. Die Lehre von der adäquaten Verursachung läßt als Ursache jede Bedingung gelten, welche den Erfolg generell begünstigt. Der Ursachenbegriff wird aber außerdem noch bestimmt durch das Verhältnis der Bedingung zu ihren Antezedentien. Ursache ist nicht, was wir bei einer Betrachtung ex ante als die notwendige oder auch nur regelmäßige Folge des Vorangehenden erkennen. Oder, in den Gedankengang der Adäquanztheorie eingegliedert: Ursache ist nicht jede Bedingung, welche eine Begünstigung des Erfolges enthält, sondern nur diejenige, welche eine Begünstigung mit sich bringt oder eine vorhandene erhöht. Diese Seite des Kausalverhältnisses macht sich besonders geltend im Tierschadensrechte, z. B. beim Tiere, das der Lenkung gehorcht, bei Einwirkungen, denen Tiere der betreffenden Art regelmäßig nicht widerstehen, usw.

b) Litten, JheringsJ. 49 419 ff., 457. Darin, daß das römische Recht bei einem inadäquat verursachten Tierschaden nur noxal haften läßt, könnte ein Anreiz dafür gefunden werden, die quantitativ unbegrenzte Schadenhaftung des § 833 nur bei einem Tierschaden eintreten zu lassen, welcher sich vom Standpunkte des Tierhalters aus als adäquat verursacht darstellt.

c) OLG. Karlsruhe, BadRpr. 05 105. Das Gesetz verlangt nicht eine durch den Körper des Tieres unmittelbar verursachte Beschädigung; es haftet der Tierhalter auch dann, wenn die Verletzung nur mittelbar, so durch einen von dem Tiere in Bewegung gesetzten Gegenstand zugefügt wird. Allein es muß aber stets ein ursächlicher Zusammenhang (adäquate Verursachung) gegeben sein; vorausgesetzt ist stets, daß der Unfallsschaden adäquat mit einem Tun des Tieres zusammenhängt, daß eine Tierestat den Schaden begünstigt.

d) OLG. Karlsruhe, BadRpr. 05 138. Einfluß einer zwischenliegenden menschlichen Handlung auf die Kausalität.

e) Einzelne Fälle.

α. RG. JW 05 318, GruchotsBeitr. 49 928. Von dem mit Eis zu hoch beladenen Schlitten des Beklagten waren Eisstücke herabgeglitten und den Pferden auf die Hacken gefallen. Die Pferde wurden scheu und gingen durch, der Kutscher verlor die Herrschaft über die Tiere. Der Kläger wurde erheblich verletzt. Der Einwand des Bekl., daß ein äußeres Ereignis eingewirkt habe und höhere Gewalt vorliege, ist verworfen. RG. führt aus: Die hier in Frage stehende äußere Einwirkung auf den Körper und die Sinne der Pferde hat nicht die ursächliche Bedeutung, daß dadurch ein selbständiges Tun des Tieres ausgeschlossen wäre, und noch weniger liegt höhere Gewalt vor. An sich ist es nichts so sehr Ungewöhnliches, daß Zugpferden Gegenstände von der Wagenladung auf die Beine fallen und sie dadurch in Unruhe versetzt werden. Besonders empfindlich mögen schwere herabfallende Eisstücke wirken. Darauf kommt es nicht entscheidend an. Das Wesentliche ist, daß die Pferde infolge jener Einwirkung auf ihren Körper scheu und dadurch, daß der Kutscher die Herrschaft über sie verlor, führerlos geworden, durchgegangen und auf die Menge eingerannt sind. Das letztere war ein willkürliches, echt tierisches Tun der Pferde und das Scheuwerden eine Verwirklichung der eigentlichen Tiergefahr, deren Schadensfolgen der Tierhalter nach dem Gesetze zu vertreten hat. Die Ursächlichkeit des als Ausfluß der tierischen Natur sich kennzeichnenden Verhaltens der Tiere wird auch dadurch nicht in Frage gestellt, daß ein menschliches Tun, die mangelhafte Beladung des Wagens, die Veranlassung zu der Tierestat gegeben hat. Der Schaden bleibt ein solcher, der „durch“ die Pferde herbeigeführt wurde, wenn-

gleich die weiter zurückliegende Handlung eines Dritten zu dem schädigenden Erfolge kausal mitgewirkt hat.

β. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 255. Wenn jemand gegen den Willen des Eigentümers ein Pferd zum Fahren benutzt hat und dann dadurch, daß es durchging, verletzt worden ist, so ist der Schaden nicht durch das Tier entstanden, denn wenn er sich nach dem Willen des Eigentümers des Pferdes gerichtet hätte, so wäre er gar nicht in die Lage gekommen, beschädigt werden zu können.

γ. **RG.** IW. **05** 691. Scheuwerden von Pferden infolge Anbellens durch einen Hund. Ursächlicher Zusammenhang.

δ. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 255. Abweisung der Klage mangels ursächlichen Zusammenhanges.

8. Willkürliche Tätigkeit des Tieres. Vgl. IDR. **3** § 833 Ziff. 9.

a) **RG.** IW. **05** 690. Über Begriff des willkürlichen selbständigen Tuns eines Tieres.

b) **RG.** IW. **05** 392 (vgl. u. § 834). Ein Tun des Tieres unter einem unwiderstehlichen Zwange ist nicht schon dann gegeben, wenn das Tier durch einen äußeren Anreiz auf seine Sinne zu einer jähen gewaltsamen Bewegung veranlaßt worden ist. Dieses Verhalten des Tieres ist zwar durch den äußeren Anreiz geweckt, aber es bleibt, von bloßen Reflexbewegungen abgesehen, ein willkürliches, es ist gerade in der tierischen Natur begründet, daß das Tier durch solche plötzliche Einwirkungen auf seine Sinne erschreckt und zu einem selbständigen Ausbruche seiner Energie angeregt wird. Bei den aus dem Anwendungskreise des § 833 ausscheidenden Fällen, in denen das Tier unter einem unwiderstehlichen physiologischen Zwange Bewegungen vollzieht und Schaden anrichtet, ist an Einwirkungen außergewöhnlicher Art gedacht, durch welche das tierische Tun überhaupt ausgeschaltet wird; so z. B. wenn das Tier unter der Wucht eines auf ihn fallenden Körpers zusammenbricht. Wenn ein Pferd jedoch, sei es von einer Fliege gestochen, sei es von einem Striegel unsanft berührt, ausschlägt, liegt nicht dieser Fall, sondern der normale eines Ausflusses der tierischen Natur, eines durch äußeren Reiz veranlaßten willkürlichen Tuns vor. Den Beweis eines ausnahmsweisen Vorganges, wie ihn ein Handeln des Tieres unter unwiderstehlichem Zwange darstellt, hat derjenige zu führen, der eine solche Ausnahme behauptet.

c) **RG.** IW. **05** 531, DIZ. **05** 862, BayRpflZ. **05** 469. Vorkommnisse des gewöhnlichen Verkehrs sind keinesfalls als Einwirkungen auf das Tier zu betrachten, denen es nicht widerstehen kann, und zwar auch dann nicht, wenn sie ein willkürliches Tun des Tieres deshalb zur Folge hatten, weil das Tier, sei es wegen der Art seiner Gattung, sei es wegen eines Fehlers, besonders empfänglich für äußere Anregungen war. Zu solchen täglichen Vorkommnissen gehört auf einem Güterbahnhof das Pfeifen und Ablassen von Dampf einer Lokomotive. Scheut ein Pferd vor solchen Geräuschen, so folgt es dem tierischen Triebe.

RG. 60 65 ff., IW. **05** 174, DIZ. **05** 361, NaumburgAK. **05** 97. Die Pferde des Bekl. waren dadurch scheu geworden, daß ein plötzlicher Windstoß Wäsche gebläht und vor den Augen der Pferde hatte flattern lassen. Hierin ist ein „mit unwiderstehlicher Gewalt über das Tier hereinbrechendes äußeres Ereignis" (**RG. 54** 408, IDR. **2** § 833 Ziff. 9 b) nicht erblickt worden. Es liegt in der tierischen Natur, namentlich der Pferde, daß sie durch plötzliche Einwirkungen auf ihre Sinne erschreckt und scheu gemacht werden, und daß solche Erregung sie zu jähen, gewaltsamen Bewegungen veranlassen kann, zu einem Verhalten, das zwar durch den äußeren Anreiz geweckt und von dem Naturtrieb beherrscht, aber — von bloßen Reflexbewegungen abgesehen — immerhin als ein willkürliches und jedenfalls als „tierisches" anzusehen ist. Gerade darin, daß das scheu gewordene

Tier die Bande des Gehorsams und der Dressur durchbricht und selbständig seine, nach Richtung und Wirkung unberechenbare, Energie entfaltet, zeigt sich ein besonders gefährlicher Ausbruch der tierischen Natur oder eine „spezifische Tiergefahr“ (Litten, Die Ersatzpflicht des Tierhalters 79, vgl. IDR. 3 § 833 Ziff. 4), also eben die Gefahr, gegen welche das Gesetz durch Haftbarmachung des Tierhalters Schutz gewähren will. Würde man aus dieser Haftung die Fälle ausscheiden, in welchen das Tier durch eine plötzliche Einwirkung auf seine Sinne scheu geworden ist, so wäre die Vorschrift des § 833 tatsächlich zu einem großen Teile ihres Anwendungsgebietes lahmgelegt.

OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 21. § 833 kommt dann nicht zur Anwendung, wenn ein Pferd sich selbst überlassen, dem ihm vorher durch die Lenkung und Leitung kundgewordenen Willen seines Herrn weiter folgt.

RG. R. **05** 17 Nr. 43. Der Beschädigte hat zu beweisen, daß die Pferde im Augenblicke der Beschädigung ihrem eigenen Instinkt und nicht der durch den Kutscher bewirkten Zügelhaltung gefolgt sind. Ist aber tatsächlich festgestellt, daß der Kutscher in jenem Augenblicke fest schlief, und ist es deshalb ausgeschlossen, daß er bewußt den Pferden die von ihnen bei der Schadenszufügung eingeschlagene veränderte Richtung gegeben hat, so war es Sache des belangten Tierhalters, nachzuweisen, daß die Tiere die Richtung infolge einer unbewußten Zügelhandhabung des Kutschers geändert haben. Die bloße Möglichkeit, daß dies der Fall war, hindert nicht eine gegenteilige Überzeugung des Gerichts.

9. Ausschluß der Haftung durch Vertragsverhältnis. Vgl. IDR. **3** § 833 Ziff. 10.

a) *Danz, DIZ. **05** 384 ff. Die hier angeordnete Haftung sowie überhaupt die Verpflichtung zum Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen, falls sie nicht auf Vorsatz beruht, kann im voraus ausgeschlossen werden, auch ohne daß es einer ausdrücklichen Beredung hierüber bedarf. Solcher Ausschluß kann sich, aus der richtigen Auslegung (§§ 133, 157 BGB.) des vorliegenden Vertragsgebildes — es wird um eine unentgeltliche Gefälligkeit gebeten — ergeben.

b) *v. Blume, R. **05** 481. Für das Verhältnis zwischen der Haftung aus § 833 und der Vertragshaftung gilt: Wer auf Grund eines Rechtsverhältnisses zu einem Tier in eine tatsächliche Beziehung tritt, die für ihn eine besondere Tiergefahr begründet, kann, wenn diese besondere Tiergefahr verwirklicht wird, den Tierhalter nicht auf Grund der allgemeinen Gefährdungshaftung, sondern nur auf Grund der besonderen Regelung des betreffenden Rechtsverhältnisses in Anspruch nehmen. — Zu einem ähnlichen Resultate kommt V. Becker, Wird der Anspruch aus unerlaubter Handlung dadurch ausgeschlossen, daß zwischen dem Täter und dem Verletzten ein besonderes Rechtsverhältnis, insbesondere ein Vertragsverhältnis besteht? (Marburger Diss. 1905.)

c) **RG.** IW. **05** 143, GruchotsBeitr. **49** 935, SeuffA. **60** 354. Die durch § 833 normierte Haftung des Tierhalters kann zweifellos durch Vertrag ausgeschlossen werden, und wenn sich jemand dem Tierhalter vertragsmäßig verpflichtet hat, gewisse Verrichtungen an oder mit dem Tiere vorzunehmen, und gelegentlich dieser Verrichtungen verletzt wird, ist es in erster Linie nach dem Inhalt des abgeschlossenen Vertrags zu beurteilen, ob und inwieweit jene Haftung des Tierhalters nach dem Willen der Vertragschließenden hat ausgeschlossen sein sollen. Es ist auf den Unterschied hinzuweisen, der in dieser Hinsicht zwischen der Tätigkeit eines Kutschers oder Knechtes und der eines Trainers obwaltet. Während jene eine unselbständige Stellung gegenüber dem Tiere einnehmen, es nicht unter ihrer allein maßgebenden Herrschaft haben, vielmehr der Aufsicht der Dienstherrschaft unterstehen und deren Anweisungen befolgen müssen, verfolgen die Leistungen des Trainers einen bestimmten Zweck: er soll das Pferd abrichten; wie er diesen

Zweck erreicht, ist lediglich seinem Ermessen, seinen Kenntnissen und seiner Erfahrung überlassen; das Pferd steht während dieser Tätigkeit allein unter seiner Gewalt und ist dem Einflusse des Tierhalters entzogen. Nicht anders verhält es sich mit der Tätigkeit, welche der klagende Stallmeister übernommen hatte: das Pferd zuzureiten und ihm den Fehler des Steigens abzugewöhnen. Verunglückt er beim Zureiten, so kann er Ersatzansprüche nicht geltend machen.

d) OLG. Dresden, SächsA. **15** 536. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Ehepaare W. u. K. unternahmen eine gemeinsame Fahrt über Land mit W.s Wagen und K.s Pferd, das dieser lenkte. Auf dieser Fahrt ereignete sich ein Unfall mit dem Gefährt, bei dem K. das Leben verlor und die anderen drei Teilnehmer Körperverletzungen erlitten. Die Klage der Eheleute W. gegen die Witwe K. auf Schadensersatz ist abgewiesen. Das OLG. führt aus: Der Ausschluß der Haftung des Tierhalters kann unter Umständen im Inhalte seines Vertragsverhältnisses zum Verletzten liegen, und unter den Umständen des vorliegenden Falles hatte das Verhältnis der Beteiligten, wenn keinen weiteren, so doch gerade diesen rechtlichen und vertragsmäßigen Inhalt, eben weil es auf gegenseitiger Gefälligkeit beruhte. Es wird näher begründet, daß die Fahrt als eine gemeinsame Lustfahrt unternommen wurde, und daß mit der Gemeinsamkeit des Genusses nicht die Lage des Gesetzes im Einklange steht, bei der W. als der Eigentümer des Wagens bei einem Unfalle infolge des Zustandes des Wagens nur für Vorsatz und Fahrlässigkeit, K. aber als Pferdehalter für jeden durch das Pferd zugefügten Schaden zu haften gehabt hätte. Diese Ungleichheit lag nicht im Willen der Teilnehmer; jeder von ihnen wollte und sollte die nicht durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit eines anderen verschuldeten Gefahren selbst tragen, und nicht auf den anderen abwälzen. Insbesondere wollte und sollte K. im Verhältnis zu den Eheleuten W. nicht für durch sein Pferd, aber ohne sein Verschulden zugefügten Schaden oder für Zufall haften. Wenn auch die Beteiligten hierüber nicht gesprochen haben, so muß es doch als ihr Wille angenommen werden. Sie haben ihn stillschweigend, aber deutlich erklärt, indem sie überhaupt die gemeinsame Lustfahrt mit ihrem für alle Teilnehmer gleichen Genusse unternahmen und durch gleiche Beiträge ermöglichten. Dieser Inhalt des Vertrags steht auch mit den Auffassungen des Verkehrs im Einklange. Der Versuch der Kläger, die Folgen des Unfalls auf die Witwe des K. abzuwälzen, widerspricht dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht über Verhältnisse der vorliegenden Art Denkenden. — Eine solche Prüfung des Sach- und Streitstandes erscheint als ein im Gesetz nicht nur gestattetes, sondern gefordertes und wirksames Mittel zur Vermeidung der scheinbaren Härten des § 833. Vgl. Francke, ACivPrax. **96** 161 (JDR. **3** § 833 Ziff. 5 a. E.), Danz, DJZ. **05** 383, s. o. Ziff. 9a.

e) OLG. Dresden, SächsA. **15** 538 Anm. Kläger hatte seine Stute zu einer staatlichen Beschälstation gebracht, um sie von einem vom Beklagten dort aufgestellten Hengste decken zu lassen; bei der Beschälung war die Stute zu Fall gekommen, hatte das linke Hinterbein gebrochen und mußte abgestochen werden. Die Klage gegen den Staatsfiskus wurde abgewiesen. Nach der Vertragsauslegung ist anzunehmen, daß die Parteien stillschweigend die Haftung des Beklagten insoweit ausgeschlossen haben, als die vom Kläger selbst gewollte und betriebene Beschälung seine Stute schädigte. Daß sich der Hengst bei diesem Anlaß auf den Rücken der Stute erheben und sie mit seinem ganzen Gewichte belasten würde, wünschte und wollte der Kläger. Damit hat er die hieraus für seine Stute erwachsende Gefahr nach Treu und Glauben auf sich genommen.

f) **RG.** JW. **05** 432. Ein Hufschmied, der das Beschlagen eines Pferdes übernimmt, hat in gewissem Umfang auch die mit dieser Verrichtung unzertrennlich verbundene Gefahr zu tragen. Vgl. OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 216.

In dem Abschlusse des einfachen Vertrags über Befestigen eines losen Hufeisens oder Beschlagen eines Pferdes liegt kein stillschweigender Ausschluß der Haftung des Tierhalters.

g) SchlHolstAnz. **05** 276 (Kiel). Wenn ein Unteroffizier das Pferd seines Vorgesetzten zuzureiten übernimmt, so kann ein Ausschluß der Haftung nicht angenommen werden. Der Unteroffizier hat dem Pferde gegenüber keine selbständigere Stellung als ein Kutscher, der auf Geheiß seiner Herrschaft Wagenpferde zufährt. Er war doch den Anweisungen seines unmittelbaren Vorgesetzten unterworfen.

10. Mitwirkendes Verschulden. Vgl. IDR. **3** § 833 Ziff. 11, s. o. § 254 Ziff. 8.

OLG. **10** 158 (Hamburg). Schwerhörigkeit des Überfahrenen vgl. o. § 254 Ziff. 10 c α.

11. **RG. 60** 313, JW. **05** 289, SchlHolstAnz. **05** 215. Mehrere Tierhalter haften dem Verletzten als Gesamtschuldner. Die Haftung aus § 833 ist im Sinne des BGB. eine solche aus unerlaubter Handlung (vgl. o. zu §§ 823 ff.); auf die Verantwortlichkeit mehrerer findet daher § 840 Abs. 1 Anwendung. Aus dem gleichen Grunde haftet dem Verletzten neben dem nach § 834 Aufsichtspflichtigen auch der Tierhalter als Gesamtschuldner.

12. **a**) *Hausmann, GruchotsBeitr. **49** 286 ff. und (Diss. Rostock), Das Tier und die Tierestat als Grenze der Haftung für Tierschaden (§ 833 BGB.) in der modernen Theorie und Praxis 17 ff. (Vgl. IDR. **3** § 833 Ziff. 11.) Bazillen müssen zwar ganz unabhängig von dem heutigen Stande der Bakteriologie für Tiere angesehen werden, da sie Lebewesen sind, sie sind aber keine Tiere im Sinne des § 833. Dieser Paragraph verlangt als einzige Voraussetzung für die Haftung des Tierhalters, daß durch ein Tier eine beschädigende oder verletzende Handlung vorgenommen ist. Diese Handlung muß eine selbständige und willkürliche sein. Der Bazillus ist aber einer Handlung überhaupt nicht fähig, da er keinen Willen besitzt und lediglich Naturgesetzen folgt. § 833 kann daher auf Bazillen keine Anwendung finden.

b) OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 242. Auch die Bienen gehören zu „den" Tieren i. S. des § 833 BGB.

13. De lege ferenda.

Neumann, JW. **05** 193, verweist auf den § 829, welcher den richtigen Ausgleich zwischen den beiden das Schadensersatzrecht beherrschenden großen Prinzipien der Verschuldung und der Verursachung bildet.

*Westrum, JW. **05** 275 ff., befürwortet die unveränderte Beibehaltung des § 833. Die Frage, wer den — doch nun einmal entstandenen — Schaden tragen müsse, der Verletzte oder der Tierhalter, sei zuungunsten des letzteren zu beantworten, weil er ja auch den Nutzen des Tieres ziehe und eher, denn der Verletzte, in der Lage sei, durch Versicherung sich zu schützen.

Siber, DJZ **05** 138, schlägt eine Abänderung des § 833 i. S. des § 817 der Reichstagsvorlage vor.

Dr. K., ZVersW. **05** 180, spricht sich gegen die im Antrag Treuenfels vorgeschlagene Abänderung des § 833 aus.

Kohl, DJZ. **05** 1146, macht einen Kompromißvorschlag, nach welchem einmal das GewUVG. abgeändert und andererseits der § 833 dahin gefaßt werden soll, daß der Tierhalter nur, wenn durch ein Tier ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen beschädigt wird, den entstehenden Schaden und zwar nur, soweit er Vermögensschade ist, dem Verletzten zu ersetzen hätte.

Litten, DJZ. 05 339. Zur Abänderung des § 833 BGB. JDR. 3 § 833 Ziff. 4.

*Vorwerk, Automobilhaftung 24; ebenso Crome, System des BürgR. II 1047 § 332. Analoge Anwendung auf Automobile ist ausgeschlossen.

*Vorwerk, Automobilhaftung 97; vgl. auch Bem. zu § 823 Abs. 2. De lege ferenda empfiehlt sich Verschärfung der Automobilhaftung unter Anlehnung an § 833 nicht, da eine innere Verwandtschaft zwischen der sich selbst bewegenden und frei tätig werdenden animalischen Kraft und einer durch Menschenhand erzeugten und auf menschliche Handlungen hin sich entfaltenden mechanischen Kraft nicht besteht.

§ 834. 1. **RG.** JW. **05** 202, SeuffBl. **05** 389. In **RG. 50** 244 ff. (JDR. **1** § 834 Ziff. 2) ist ein allgemeiner Grundsatz über die Voraussetzung der Aufsichtstätigkeit i. S. des § 834 nicht aufgestellt, sondern nur erörtert, es würde darauf ankommen, ob unter den § 834 jede für den Tierhalter von dem anderen vertragsmäßig, nicht bloß tatsächlich übernommene, wenn auch der Zeit, dem Umfange oder den Befugnissen nach beschränkte Aufsichtstätigkeit zu rechnen oder ob nicht vielmehr der Kreis der Aufsichtspersonen i. S. des § 834 und des § 832 Abs. 2 enger zu begrenzen sei, ob eine Grenze etwa durch das Merkmal einer gewissen Selbständigkeit der durch Vertrag übernommenen Aufsichtsführung, durch das Erfordernis einer Vertretung des kraft Gesetzes zur Aufsicht Verpflichteten (des Tierhalters) bezüglich der Aufsichtsführung im ganzen, durch die einem solchen Vertreter übertragene Verfügungsmacht zu bestimmen sei. — Die Führung der Aufsicht ist vertragsmäßig übernommen, auch wenn sie nur den selbstverständlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses bildet, ohne daß es einer besonderen ausdrücklichen solennen Erklärung der Übertragung der Führung der Aufsicht bedürfte. Im Falle eines Viehtransports liegt seitens des Viehtreibers ein Aufsichtsverhältnis vor. Ob § 833 auf eine Verletzung des Aufsichtspflichtigen anwendbar sei, ist nicht unbestritten. Der Grund, aus dem das Urteil des **RG. 50** 248 die Anwendbarkeit des § 834 durch das Dienstverhältnis nicht für ausgeschlossen erachtet, nämlich, daß § 833 eine außerhalb des Vertragsverhältnisses gelegene außerkontraktliche Haftpflicht begründe, trifft auch auf das Transportverhältnis und das damit verbundene Aufsichtsverhältnis zu. In einer späteren Entscheidung vom 13. 7. 04 hat das RG. ausgesprochen, daß die Übernahme der Aufsicht an und für sich dem auf Grund des § 833 erhobenen Anspruche nicht entgegenstehe. Hat sich aber das Tier der Aufsicht des Aufsichtspflichtigen entzogen, so hat der Aufsichtspflichtige nicht geleistet, was ihm vertragsmäßig obgelegen hatte. Er hat nicht erfüllt. Da nun auf seiner Seite eine Vertragsverletzung vorliegt, so hat er nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen darzulegen und nachzuweisen, daß er bei Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.

2. **RG.** JW. **05** 392; vgl. ebd. 432 (vgl. o. § 833 Ziff. 8b). Das Dienstverhältnis des Klägers (Verletzten) zu dem Beklagten (Tierhalter) schließt den Anspruch aus § 833 nicht aus. Der Kläger ist Kutscher; als solcher hat er zwar Hantierungen mit dem Pferde vorzunehmen, es zu reinigen, ihm das Futter zu reichen, es ein- und auszuspannen und bei der Fahrt zu lenken; eine selbständige allgemeine Aufsicht und Gewalt über das Pferd ist aber in diesem Dienstverhältnisse nicht begründet, und von der vertragsmäßigen Übernahme der Gefahr der tierischen Handlungen des Pferdes während seiner Tätigkeit an diesem kann keine Rede sein. Das Vertragsverhältnis kann von Bedeutung werden, wenn ein Sachverhalt gegeben ist, der auf ein Verschulden des Klägers bei der Wartung des Tieres hinweisen möchte, so daß nunmehr den Kläger die Beweis-

last treffen würde, daß er in jeder Beziehung seinen Vertragspflichten genügt und mit der gebotenen Sorgfalt das Pferd behandelt habe. Dieser Beweis kann auch dadurch geführt werden, daß der Beweispflichtige bei ähnlichen Anlässen und bei der gleichen Tätigkeit bisher stets vorsichtig und sorgfältig zu Werke gegangen ist.

3. **RG.** JW. **05** 393. Kläger war nach dem bestehenden Vertragsverhältnis Aufseher über die Pferde des Beklagten. Entzogen sich die Pferde seiner Aufsicht und fügten sie ihm in diesem Zustand einen Schaden zu, so liegt nach dem objektiven Sachstand eine Vertragsverletzung auf seiten des Klägers vor, auf die der Schaden zurückzuführen ist. Nach allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts hat der Kläger nachzuweisen, daß er, obgleich sich die Pferde seiner Aufsicht entzogen haben, bei Führung der Aufsicht die ihm nach dem Vertrag obliegende Sorgfalt beobachtet, daß er also seine Vertragspflicht erfüllt habe oder daß der Mangel an Aufsicht für den Eintritt des Schadens nicht kausal gewesen sei. Vgl. **RG.** JW **05** 432; LG. Halle, NaumburgAK. **05** 44.

4. **a)** **RG.** JW. **05** 528, DJZ. **05** 962, NaumburgAK **05** 69. Beweis des beschädigten Kutschers beim Anschirren der Pferde. Der Kutscher hat nachzuweisen, daß er trotz gehöriger Erfüllung seiner Dienstpflichten regelwidrig in Gefahr geraten und ihr erlegen sei.

b) OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 276. Beweispflicht der Vertragserfüllung liegt dem Kläger ob.

§ 835. Über das Verhältnis des § 835 zum § 254 BGB. s. o. zu § 254 Ziff. 9.

§ 836. 1. **a)** **RG.** SächsA. **15** 74 (s. schon JDR. **3** § 836 Ziff. 1a). Die Schadensersatzpflicht des § 836 beruht auf einer Schuldvermutung, die durch den Nachweis der Schuldlosigkeit beseitigt wird.

b) *Weyl. § 836 als verkappter Anhänger des Verschuldensprinzips (261); er ist auf § 393 unanwendbar (s. o. zu § 393).

2. **RG.** JW. **05** 370. Eine Haftpflicht aus § 836 besteht auch im Falle einer Unterlassung (vgl. **RG. 52** 375, JDR. **2** § 836 Ziff. 4). Der Fiskus hatte im vorliegenden Falle die Rechtspflicht zur ordnungsmäßigen Errichtung und Unterhaltung eines Deiches, weil er die zu ihrer Sicherheit gegen die Wasserfluten mit besonderen Deichanlagen versehene Eisenbahnhofsanlage für den öffentlichen Verkehr eröffnet hatte und infolgedessen im Vertrauen auf eine ordnungsmäßige Beschaffenheit Personen dort verkehrten und Sachen niedergelegt wurden. Gerade dem § 836 liegt der Gedanke zugrunde, daß ein jeder auch für Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufkommen soll, als er dieselbe bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen hätte verhüten müssen. Die im § 836 geforderte Fürsorge bezüglich der Gefährdungen ausschließenden Beschaffenheit oder Behandlung von Eigentumsgegenständen überhaupt ist, sofern der allgemeine Verkehr und die Sicherheit derselben hiervon berührt werden, ein Erfordernis des bürgerlichen Verkehrs und Rechtslebens (**RG. 55** 174).

3. Ablösung von Teilen eines Gebäudes. Vgl. JDR. **3** § 836 Ziff. 3.

a) OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 173. Verletzung durch einen infolge Bruches des Drehpfostens umfallenden Torflügel. Die Verletzung ist durch Ablösung von Teilen des Tores erfolgt, nicht bloß, wenn ohne alle Mitwirkung von Menschenkraft durch Naturkräfte (Witterung, Schwergewicht) die Loslösung bewirkt worden ist, vielmehr wird in den meisten Fällen der Ablösung von Teilen i. S. des § 836 menschliche Tätigkeit, namentlich Erschütterung durch den Verkehr mitwirken. Es kommt vielmehr darauf an, daß die Loslösung vorwiegend und zunächst nicht als Ergebnis einer menschlichen, zumal einer schuldhaften Tätigkeit

erscheint, so daß man nach der Anschauung des Lebens den Vorgang nicht als Abreißen, Loslösen eines Teiles durch einen Menschen bezeichnet. Die Trennung der Bestandteile muß vorwiegend und zunächst in der Beschaffenheit des Werkes selbst begründet sein, so daß die Anschauung des Lebens ein „Sichablösen" von Teilen des Werkes annimmt, womit ein nebenhergehendes Eingreifen menschlicher Tätigkeit, namentlich der Benützung im Verkehre wohl vereinbar ist, ohne den Begriff der Ablösung von Teilen i. S. des § 886 auszuschließen.

b) **RG.** JW. **05** 370, EisenbE. **22** 69. Die Haftpflicht ist nicht durch die unmittelbare Einwirkung des eingestürzten Gebäudes oder Werkes auf die beschädigte Sache bedingt.

c) **RG.** **60** 421, JW. **05** 387, DJZ. **05** 651, R. **05** 529 (vgl. § 94). Hölzerne, vor den Fenstern hängende Läden, die, wie die Fenster selbst, an Angeln drehbar sind, welche in die Hauswand eingelassen werden, sind „Teile des Gebäudes" i. S. des § 836. Die auf Entschädigung wegen eines herunterfallenden Fensterladens erhobene Forderung eines Passanten ist begründet.

d) **RG.** **60** 138, JW **05** 201, DJZ. **05** 411, SchlHolstAnz. **05** 163, EisenbE. **22** 45; unter Aufhebung OLG. Kiel (vgl. JDR. **3** § 836 Ziff. 3e). Sandkippen sind kein Werk i. S. des § 836. Gegen die Annahme eines „Werkes" spricht auch der Sprachgebrauch, der darunter einen, einem bestimmten Zwecke dienenden, nach gewissen Regeln der Kunst und der Erfahrung hergestellten Gegenstand versteht.

4. OLG. Hamm, R. **05** 473. Haftung eines Rennvereins bei Herabfallen von Fahnenstangen, s. o. zu § 278 Ziff. 4 h.

§ 837. **RG.** **59** 8 s. schon JDR. **3** § 837.

RG. (Straff.) JW. **04** 581, R. **05** 444. Die Vorschrift ist abweichend von JW. **04** 554 auch auf den bezogen, der infolge eines obligatorischen Rechtes zu einer Verfügung über die Sache in der Lage war.

§ 839. 1. Josef, DNotV. **05** 771. Die Haftpflicht des Beamten ist gegenüber der allgemeinen mehrfach erweitert: er haftet nicht bloß wegen Verletzung der im § 823 Abs. 1 aufgeführten besonderen Rechtsgüter oder der dort gedachten Rechte, sondern allgemein für den aus seiner Pflichtverletzung entstehenden Schaden, also für jede nachteilige Beeinflussung des Vermögensstandes. Während ferner das ersatzpflichtig machende Verschulden i. S. des § 823 Abs. 1 sich darauf zu beziehen hat, daß die Verletzung des fraglichen Rechtsguts oder Rechtes für den Verletzten voraussehbar war, braucht das nach § 839 zur Verantwortlichkeit führende Verschulden des Beamten nur in der Erkennbarkeit der Amtspflichtverletzung als solcher zu bestehen, ohne daß es auf die Voraussehbarkeit auch der sich daraus ergebenden Schadenszufügung selbst ankommt. Vgl. ebenso Oertmann, ZBlFG. **4** 772, JDR. **3** § 839 Ziff. 1.

2. KG., R. **05** 473. Im § 839 Abs. 2 BGB. sind unter den Worten „bei dem Urteil in einer Rechtssache" nicht nur solche Entscheidungen zu verstehen, die prozessual-technisch als Urteile bezeichnet werden, sondern auch solche Entscheidungen, die, ohne den Streit zu beendigen, doch rechtsfeststellende Wirkung für die Beteiligten haben, zumal, wenn die Entscheidungen der letzteren Art dem Angriffe durch Rechtsmittel unterliegen und anderenfalls Rechtskraft erlangen. Auch der Haftbefehl fällt hierunter.

3. OLG. Colmar, R. **05** 564. Die Vorsichtsmaßregeln, die in betreff der Auszahlung postlagernder telegraphischer Postanweisungen in der an die Postbeamten erlassenen Dienstanweisung angeordnet sind, begründen nicht bloß für dieselben im Verhältnisse zu ihrer vorgesetzten Behörde, sondern auch gegenüber jedem Beteiligten eine Amtspflicht. Fahrlässig handelt der Postbeamte, der ohne Beobachtung jener Vorsichtsmaßregeln eine derartige Postanweisung an einen Un-

befugten auszahlt. Die Schadensersatzpflicht des Postbeamten fällt weg, wenn der Geschädigte die Verfolgung seines Schadensersatzanspruchs gegen den nach Abs. 4 des § 6 G. v. 28. 10. 71 haftbaren Postfiskus hat verjähren lassen.

4. Haftung von einzelnen Beamten. Vgl. IDR. 3 § 839 Ziff. 7.

a) Grundbuchrichter.

RG. **59** 381, IW. **05** 139 (s. o. § 795). Der Grundbuchrichter verletzt dann seine Amtspflicht nicht, wenn er bei Auslegung unklarer oder lückenhafter Gesetzesvorschriften nicht die vom höchsten Gericht erst hinterher ausgesprochene Meinung trifft.

RG. **60** 392. Verletzung der Amtspflicht des Grundbuchrichters bei Bestimmung der Reihenfolge von Eintragungen in das Grundbuch.

b) Notare.

Josef, DNotV. **05** 775. Der Notar haftet für Versehen bei Fertigung bloßer Entwürfe nicht nach § 839 jedem Beschädigten, sondern nur dem, auf dessen Antrag er die Urkunde entworfen hat. Bewirkt der Notar eine Beurkundung in der Weise, daß er die Urkunde entwirft und die Unterschrift der Beteiligten beglaubigt, so ist auch das Entwerfen der Urkunde Amtshandlung und der Notar für inhaltliche Versehen nicht bloß dem Antragsteller, sondern jedem durch das Versehen Geschädigten nach Maßgabe des § 839 ersatzpflichtig. — Haftung des Notars für Ratserteilung anläßlich der Beurkundungstätigkeit (776). Dem Notar liegt bei der Beurkundungstätigkeit die Beratung der Beteiligten als Amtspflicht ob; die Leistung dieser Amtstätigkeit erfolgt aber auf Grund eines zwischen dem Notar und dem Beteiligten geschlossenen Dienstvertrags, so daß der Notar für Schadensersatz aus schuldhafter Beratung nicht bloß aushilfsweise, sondern direkt mit der Vertragsklage haftet. Unterbleibt auf den Rat des Notars eine Beurkundung, so kommt für die Schadensersatzpflicht des Notars nur die Haftung nach Beamtenrecht, also nach § 839 zur Anwendung. Die Schadensersatzpflicht des Notars ist auch dann begründet, wenn er die schädigende Amtshandlung als ihm gesetzlich nicht obliegend hätte ablehnen können (787). Die aushilfsweise Haftung des Notars (s. o.) findet statt gegenüber Dritten, die durch die Urkundstätigkeit geschädigt sind, sie aber nicht verlangt haben. In jedem Falle ist für Klagen auf Schadensersatz aus der Beurkundungstätigkeit die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts begründet.

c) Konkursrichter.

RG. HessRspr. **6** 65. Der Konkursrichter haftet den Gläubigern, wenn er die ihm den Gläubigern gegenüber obliegende Amtspflicht auch nur fahrlässig verletzt.

d) Gerichtsvollzieher.

OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 142. Über die Haftung des Gerichtsvollziehers für die durch eigenmächtige Pfändung usw. erwachsenen Kosten s. o. § 678.

OLG. Colmar, DIZ. **05** 608. Haftung des Gerichtsvollziehers wegen eines bei einer Zustellung begangenen Versehens.

e) Schiedsmänner.

RG. **60** 321, IW. **05** 345. Beglaubigungen von Unterschriften auf Rentenquittungen für die Versicherungsanstalten durch Schiedsmänner sind keine Amtshandlungen derselben.

f) SächsA. **15** 228 (Dresden). Fahrlässigkeit eines Beamten bei Beglaubigung einer Urkunde durch ungenügende Vergewisserung über die Personenidentität.

g) OLG. Dresden, SächsA. **15** 223. Haftung des Staates für einen von einer Partei statt an die Gerichtskasse an den Grundbuchführer gezahlten, von diesem unterschlagenen Kostenvorschuß.

§ 840. 1. *Rumpf 119. Nach den Umständen des konkreten Falles, insbesondere nach dem Grade der Mitwirkung jedes einzelnen, bei der Entstehung des Schadens und dem Grade seiner Verschuldung, ist zu entscheiden, welcher Teil des von mehreren Teilnehmern an einer unerlaubten Handlung verursachten Schadens in ihrem Verhältnisse zueinander von jedem einzelnen zu tragen ist (82 f.). — Das BGB. unterscheidet im § 840 Abs. 2 und 3 drei Gruppen von deliktischer Verantwortlichkeit, eine rein schuldhafte aus den §§ 823—826, eine Verantwortlichkeit aus Verletzung einer Aufsichtspflicht aus §§ 831, 832, 834, 838 und endlich drittens eine Verantwortlichkeit aus allen Tatbeständen schuldloser Gefährdungshaftung. Treffen Angehörige der verschiedenen Gruppen als deliktische Solidarschuldner zusammen, so haftet im Innenverhältnis die erste Gruppe mit Ausschluß der beiden anderen, die zweite mit Ausschluß der dritten für den ganzen Schaden. Der aus schadenstiftender Versäumung einer Aufsichtspflicht oder bloßer schadenstiftender Gefährdung haftbar Gemachte, der erwiesenermaßen im Verschulden war, gehört nicht in die zweite oder dritte, sondern in die erste Gruppe.

2. **RG.** JW. **05** 735. Im Hinblick auf die Sonderstellung, welche die Gesetzesvorschriften über die Haftung der Eisenbahn gegenüber den Fällen der §§ 833 bis 838 BGB. einnehmen, ist vom RG. mehrfach ausgesprochen, daß die Eisenbahnhaftpflicht als Haftung aus „unerlaubter Handlung" im Sinne von § 840 BGB. anzusehen, daß aber der haftpflichtige Unternehmer nicht den im § 840 Abs. 3 angeführten, gemäß §§ 833 bis 838 zum Schadensersatz Verpflichteten gleichzustellen, vielmehr den dort genannten „Dritten" beizuzählen sei. Wenn also ein Dritter der Geschädigte wäre und ihm hierfür sowohl die Eisenbahn als der Tierhalter verantwortlich wären, so würde im Verhältnisse zwischen den beiden letzteren der Eisenbahnunternehmer allein haften. Und wenn man diesen Grundsatz auf den Fall, wo der Tierhalter selbst durch den Betriebsunfall geschädigt ist, entsprechend anwenden wollte, so müßte gefolgert werden, daß der Eisenbahnunternehmer jenem allein und voll für den Schaden hafte, den Tierhalter nicht ganz oder zum Teile auf diesen selbst, als den Verantwortlichen, verweisen könne. Die Grundsätze des § 840 Abs. 1 und des § 426 BGB. sind diesfalls überhaupt nicht verwendbar, und die Vorschrift des § 840 Abs. 3 läßt sich nicht zuungunsten des Tierhalters verwerten.

3. OLG. Braunschweig, BraunschwZ. **05** 12, über Gesamthaftung aus § 840, wenn von den in Anspruch Genommenen der eine aus § 823, der andere aus § 1 HaftpflG. haftet.

4. **RG.** JW. **05** 429, DJZ. **05** 813. Ausgleichspflicht mehrerer Haftpflichtiger bei einem Unfall des Fahrgastes einer Partei (vgl. o. § 426 Ziff. 6).

§ 843. 1. **RG.** JW. **05** 283, EisenbE. **22** 64. Bei Zusprechung einer Rente gemäß § 843 oder § 844 hat das Gericht schon jetzt die voraussichtliche künftige Gestaltung der Verhältnisse, welche für die Dauer und den Umfang des Rentenanspruchs maßgebend sind, soweit überhaupt diese künftige Entwickelung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen sich zum voraus ermessen läßt, in Rücksicht zu nehmen. Diese Aufgabe wird dem Gerichte auch durch die Vorschrift des § 323 ZPO. nicht abgenommen, da diese Bestimmung nur für diejenigen Fälle Vorsorge trifft, wo eine wesentliche Änderung in den Verhältnissen, welche bei dem früheren Urteile nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes in Betracht zu ziehen waren, nachträglich eingetreten sind. Zu den Verhältnissen, welche bei der Bemessung des Rentenbezugs nach Betrag und Zeitdauer von vornherein in Rechnung zu nehmen sind, gehört für die Regel auch der Einfluß, den erfahrungsgemäß das zunehmende Lebensalter auf die Erwerbstätigkeit des Berechtigten ausübt bzw. ohne das Dazwischentreten des die

Haftpflicht begründenden Ereignisses nach dem natürlichen und normalen Verlaufe ausgeübt haben würde. Vgl. **RG.** JW. **05** 493, SächsA. **15** 509. — **RG.** SächsA. **15** 511. Bei Bemessung der als Schadensersatz nach § 843 zu leistenden Renten ist diejenige künftige Gestaltung der Sachlage, welche ohne Dazwischentreten des die Haftpflicht begründenden Ereignisses nach dem regelmäßigen Verlaufe eingetreten sein würde, soweit das schon jetzt sich überschauen und bestimmen läßt, zu berücksichtigen. Der Ersatzpflichtige ist hierwegen nicht auf den Weg des § 323 ZPO., welcher nur die nachträglich eintretenden Veränderungen der für das Urteil maßgebenden Verhältnisse im Auge hat, zu verweisen. — S. a. o. zu § 249 Ziff. 4.

2. **RG. 60** 416, JW. **05** 370, EisenbE. **22** 70. Ein Urteil auf Feststellung zur Zahlung einer Geldrente unter bestimmten Bedingungen enthält keine Verurteilung zur Entrichtung der Rente. Der im § 843 Abs. 2 gegebene Anspruch auf Sicherheitsleistung steht im engen Zusammenhange mit Abs. 1. Dieser behandelt nur den Fall der Entrichtung einer Geldrente, den Fall, in dem eine solche gefordert und zuerkannt wird; er darf daher nicht auf Fälle angewendet werden, in welchen lediglich die Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung einer Geldrente gefordert und ausgesprochen wird.

3. *Hilse, SeuffBl. **05** 196. Sowohl durch Übertragung des Blitzes auf die Leitung, wie auch durch zu starkes Umdrehen der Kurbel wird die Gesundheit der das Fernsprechnetz bedienenden Telephonistinnen gefährdet. Liegt die erstere Unfallursache vor, dann steht ihnen ein Anspruch auf Unfallpension gegen die Post- und Telegraphenverwaltung aus dem UFG. vom 18. Juni 1901 zu. Im letzteren Falle haben neben diesem sie auch einen Entschädigungsanspruch gegen den unmittelbaren Schadensurheber, d. h. den Kurbeldreher in Höhe des erlittenen Vermögensnachteiles und der Kosten eines erforderlichen Heilverfahrens, welcher jedoch vor Ablauf von 3 Jahren seit dem Unfalltage durch Feststellungsklage zu verfolgen ist.

Zu § 843 Abs. 2—4 vgl. zum HaftpflG. § 7.

Vgl. o. § 252 Ziff. 2, § 323 ZPO.

§ 844. 1. **RG.** JW. **05** 143, SächsA. **15** 504, SeuffBl. **05** 600, GruchotsBeitr. **49** 938. Zulässig ist es, im Falle der widerrechtlichen Tötung eines Menschen, den hierfür Ersatzpflichtigen zur Zahlung einer Rente an die im § 844 Abs. 2 bezeichneten Personen auch insoweit zu verurteilen, als die einzelnen Rentenbeträge erst nach Erlassung des Urteils fällig werden. Die Verurteilung kann aber nicht auf die ganze Zeit erstreckt werden, für welche äußerstenfalls die Zahlungspflicht des Beklagten überhaupt bestehen kann, auch wenn nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nicht anzunehmen ist, daß sie wirklich so lange bestehen werde. Es ist daher bei Klagen der in Rede stehenden Art der mutmaßliche und der Erfahrung entsprechende Verlauf der Dinge zu berücksichtigen und die Verurteiluug des Beklagten auf den Zeitraum zu beschränken, für welchen bei Unterstellung einer normalen Sachgestaltung der Fortbestand seiner Zahlungspflicht zu erwarten ist. Das Gericht hat unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu erwägen, auf welchen Zeitraum die Verurteilung sich zu erstrecken hat. Eine Bestimmung, daß der Schadensersatzanspruch der Witwe mit deren Wiederverheiratung endigen soll, ist im BGB. nicht enthalten. Der Verurteilung des Beklagten zur Gewährung einer Rente an die Witwe für die volle mutmaßliche Lebensdauer ihres Mannes steht kein Bedenken entgegen; es muß dem Beklagten überlassen bleiben, für den Fall der Wiederverheiratung der Witwe etwaige Rechte auf Wegfall oder Minderung im Wege des § 323 ZPO. geltend zu machen. Vgl. **RG.** JW. **05** 152.

Die gleichen Grundsätze stellt **RG.** SeuffA. **60** 357 auf. Dort wird ausgeführt: Unter den Gesichtspunkt der voraussichtlichen künftigen Gestaltung der Dinge fällt auch die erst später eintretende oder zunehmende Erwerbsfähigkeit eines Kindes, sofern hierdurch der Unterhaltsanspruch, für dessen Entziehung Schadensersatz zu leisten ist, beeinflußt wird. — Vgl. OLG. Hamburg, Hans. GZ. **05** Beibl. 217.

RG. JW. **05** 144. Die Begründung des Anspruchs aus § 844 setzt voraus, daß zwischen dem Unfall und dem Tode des Verletzten ein Kausalzusammenhang besteht. Ein Anspruch auf Kosten für Transport und ärztliche Behandlung des Verletzten kann nicht auf § 844 gestützt werden.

2. Träger 199 bejaht die Frage, ob unter Tötung auch Körperverletzung mit tödlichem Erfolge zu verstehen sei.

3. R. **05** 194 (Stuttgart). Die vielfach vertretene Ansicht, daß unter Tötung im Sinne dieser Gesetzesbestimmungen auch die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang ohne Rücksicht darauf, ob der Tod als Folge der Verletzung vorausgesehen werden konnte, zu verstehen sei (vgl. Planck, Komm. zum BGB. zu § 844 Note 2 a), steht im Widerspruche mit der ganzen Entstehungsgeschichte des § 844.

4. Kuhlenbeck, BayRpflZ. **05** 65 ff. „Tötung" im Sinne des § 844 ist jede vorsätzliche oder fahrlässige Verursachung des Todes. Der vorsätzliche oder fahrlässige Verursacher einer Selbstentleibung ist nach § 844 ersatzpflichtig.

5. BadRpr. **05** 345 (Karlsruhe). Aus dem Wortlaute des § 844 ergibt sich, daß das BGB. nur die Regelung eines konkret möglichen Schadens im Auge hat.

6. **a)** Nach *B. Hilse, EisenbE. **21** 4, sind als Beerdigungskosten auch die Kosten der Einäscherung des Leichnams seitens des Ersatzpflichtigen, insonderheit dann zu erstatten, wenn der Verstorbene die Feuerbestattung formgerecht vorher angeordnet hatte, weil ihm die Kirche ein ehrliches Begräbnis auf geweihter Erde versagt.

b) OLG. Colmar, R. **05** 312. Zu den von dem Schadensersatzpflichtigen zu erstattenden Beerdigungskosten können auch die Kosten gerechnet werden, die der zur Beerdigung Verpflichtete für den Grabstein des Getöteten, für Vergitterung des Grabsteins, für Todesanzeigen, Blumen und Kränze standesgemäßerweise aufgewendet hat.

7. SeuffBl. **05** 458 (Bamberg). Fall von Schadensersatz wegen Tötung.

§ 845. **RG.** JW. **05** 341 (vgl. JDR. **1** § 845). Daß der durch rechtswidrige Handlung eines Dritten am Körper oder der Gesundheit verletzten Frau, auch wenn sie Ehefrau ist, ein Schadensersatzanspruch wegen Aufhebung oder Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit nach Maßgabe von §§ 842 und 843 Abs. 1 bis 4 an sich zukommt, ist füglich nicht zu bezweifeln. Geht man davon aus, daß die Beeinträchtigung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit nicht schon für sich und ohne weiteres einen Vermögensschaden darstellt, daß hierwegen Ersatz von dem geltenden Rechte nicht abstrakt, sondern nur für den dem Verletzten nach seinen Lebens- und Erwerbsverhältnissen wirklich entgehenden Erwerb gewährt wird (vgl. **RG.** **47** 88), so spricht doch bei einer den arbeitenden Klassen angehörigen verheirateten Frau zum mindesten die Vermutung nicht dagegen, daß ihr durch die Aufhebung oder Minderung ihrer Arbeitsfähigkeit ein Vermögensnachteil erwachse. Die Ehefrau, welche ihre Arbeitskraft im Hauswesen und in der ehelichen Wirtschaft betätigt, wird allerdings soweit und solange das lediglich in Erfüllung der ihr nach § 1356 BGB. obliegenden Pflicht geschieht, bei bestehendem gesetzlichen Güterrechte durch den Ausfall dieser Dienste einen unmittelbaren Ver-

mögensschaden für ihre Person nicht erleiden. Immerhin ist es möglich, daß der Ehefrau auch in einem solchen Falle wenigstens mittelbar ein Vermögensnachteil erwächst.

§ 847. 1. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 130. Der § 847 gibt dem Verletzten einen Anspruch auf Schmerzensgeld nur gegen denjenigen, der selbst den Schaden durch eine der im Gesetze bezeichneten rechtswidrigen Handlungen verursacht hat. Wo für fremdes Verschulden, sei es aus einem Vertrage, sei es auf Grund gesetzlicher Vorschriften gehaftet wird, kann Ersatz aus § 847 nicht gefordert werden. Wenn die Angestellten einer Straßenbahn bei einem Unfall eines Fahrgastes kein Verschulden trifft, ist die Forderung des Verletzten an Schmerzensgeld unberechtigt.

2. **RG.** R. **05** 617. Der Anspruch auf Schmerzensgeld setzt gemäß § 847 ein unter die „unerlaubten Handlungen" des 25. Titels des 2. Buches fallendes außervertragliches Verschulden voraus und unterliegt daher nicht der Verjährung des § 638 BGB. S. a. o. zu § 638 Ziff. 4.

3. BayObLG., R. **05** 369. Der Anspruch auf Ersatz des durch schuldhafte Beschädigung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen verursachten sog. moralischen Schadens ist nach französischem Rechte wie nach dem BGB. ein dem bürgerlichen Rechte angehörender Anspruch auf Entschädigung in Geld.

§ 847 erstreckt sich nicht auf die Fälle des HaftpflG. Vgl. zu § 3 HaftpflG.

§ 848. Träger 269. Vgl. zu § 287.

§ 851. *Mothes, Die Beschlagnahme 91. Schadensersatz wegen Entziehung oder Beschädigung von Zubehörungen wird mit befreiender Wirkung an den Schuldner im Zwangsversteigerungsverfahren geleistet.

§ 852. 1. OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 466, PucheltsZ. **05** 591. Maßgebend für den Beginn der Verjährungsfrist ist die wirklich erlangte Kenntnis, es genügt nicht das Kennenmüssen, d. h. daß der Verletzte bei gehöriger Aufmerksamkeit die fragliche Kenntnis hätte erlangen müssen. § 852 enthält insofern eine Ausnahme von den allgemeinen Verjährungsgrundsätzen, als, wie die Motive sich ausdrücken, in Ansehung des Beginns das in der Unkenntnis des Berechtigten liegende subjektive Hindernis der Rechtsverfolgung ausnahmsweise zugunsten des Berechtigten berücksichtigt wird. Das Erfordernis der Kenntnis, sagen die Motive, gewinnt namentlich Bedeutung für die Fälle, in welchen zuerst ein Schaden in Erfahrung gebracht wurde und später ein zweiter Schaden zur Kenntnis gelangt. Auch eine nachträglich eingetretene und bekannt gewordene Vergrößerung des ursprünglich bekannten Schadens wird hierher zu rechnen sein. Immerhin aber ist erforderlich, daß zu der ursprünglich erlangten Schadenskenntnis etwas Neues hinzutritt, ein neuer Umstand bekannt wird, der einen erhöhten oder neuen Schadensersatzanspruch zu begründen vermag, an dessen früherer Geltendmachung der Berechtigte durch seine Unkenntnis verhindert war. Als solch neuer Umstand kann nicht die nachträgliche Erlangung der Kenntnis erachtet werden, daß die bereits früher vorhandenen und dem Verletzten bekannte Minderung seiner durch die Verletzung eingetretenen Erwerbsfähigkeit eine dauernde sein werde, wenn früher wegen Erwerbsminderung überhaupt eine Klage nicht erhoben worden war.

2. ElsLothZ. **05** 466 (Colmar). Durch § 852 ist Art. 6 des Gesetzes vom 30. 8. **1871** betr. die Einführung des deutschen BGB. in Elsaß-Lothringen beseitigt.

3. **RG. 59** 388 ff. Die Verjährungsfrist für Regreßansprüche der Berufsgenossenschaft richtet sich nicht nach § 852, sondern nach dem Unfallversicherungsgesetze.

4. R. **05** 16 (Cöln). Die Verjährung des Anspruchs aus Verletzung der Miet- und der Leihsache als solcher ist nur nach §§ 558, 606 BGB. zu beurteilen, § 852 BGB. kommt nicht in Betracht.

§ 853. RG. **60** 294, JW. **05** 290, läßt die Frage dahingestellt, ob der § 853 auf den Betrugsfall keine Anwendung finde, wenn die Betrugsklage nicht verjährt, sondern die Anfechtungsfrist des § 124 ungenutzt verstrichen sei. Es fehlte vorliegend an einer anderen Voraussetzung zur Anwendung des § 853. Handelt es sich, wie im vorliegenden Falle, um einen zweiseitigen Vertrag, der durch Betrug des einen Teiles zustande gekommen ist, so wird mit der auf der Anfechtungseinrede beruhenden Verweigerung der Erfüllung der ganze Vertrag hinfällig, und auch der Betrüger kann seine Leistungen zurückfordern. Aus den Erklärungen des sich Weigernden muß erhellen, daß er die Auflösung des Vertrags begehrt. Daran fehlt es im vorliegenden Falle nicht nur, sondern es ergibt sich, daß der Beklagte beim Vertrage hat stehen bleiben und Ersatzansprüche hat aufrechnen wollen. Für diesen Fall ist der § 853 nicht gegeben.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Vorbemerkung: In dem ersten Abschnitte heben sich besonders die verschiedenen Arbeiten Roterings aus der Lehre vom Besitz hervor. Ferner sei auf die Äußerungen Gierkes zu den §§ 855, 866—868 und auf Manigks Eigenbesitz hingewiesen. — Aus der Praxis sind prinzipielle Entscheidungen nicht zu verzeichnen.

Literatur: Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. III.: Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905. — Geißler, Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache, JW. **05** 521 ff. — Gierke, Deutsches Privatrecht. II.: Sachenrecht. Leipzig 1905. — Manigk, Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach dem BGB., ABürgR. **25** 316—325. — Pudor, Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? JW. **05** 314 ff. — Rotering, Aus der Lehre vom Besitze, ABürgR. **27** 55—99. — Ders, Inkongruenz des zivil- und strafrechtlichen Besitzes, HirthsAnn. **05** 295—303. — Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft? ABürgR. **26** 149—194.

§§ 854 ff. 1. *J. U. Schröder, AcivPrax. **97** 373 ff. Die Lebensbeziehungen Besitz und Gewahrsam sind ursprünglich ihrem Inhalte nach gleich. Seitdem durch das neue deutsche Recht im Besitze das soziale Moment betont ist, ist der Besitz ein spezifisches Rechtsinstitut geworden, während der Gewahrsam das natürliche Verhältnis zur Sache bezeichnet. Für das Strafrecht ist auf die natürliche Beziehung zurückzugehen. So auch in ständiger Praxis das RG.

2. *Neubecker, DJZ. **05** 146 ff. Maßgebend für die Besitznotwehr sind die §§ 854 ff., insbes. §§ 855, 858, 859, 860, und zwar für die reine Besitznotwehr, wenn zugleich Personennotwehr vorliegt, ist auch § 227 anzuwenden (s. o. zu § 227 Ziff. 2).

§ 854. 1. *Rotering, ABürgR. **27** 55 ff., kann bei den veränderten Verkehrsbeziehungen dem römischen Rechte nur noch in seinen Grundlinien eine Bedeutung für die Lehre vom Besitze zuerkennen. Die tatsächliche Gewalt entäußert sich stufenweise nach unten hin in stets geringerer Stringenz, beginnend mit dem mit Händen Ergreifen geht sie über den Taschengewahrsam hinweg auf die häusliche Versperrung, die sich potenziert zum Zimmer-, Kisten-, Kastengewahrsam. Außerhalb der Versperrung ist der Besitz an dem auf dem Felde verbliebenen landwirtschaftlichen Inventar stets anerkannt, er wird zum sozialen Phänomen, wo derselbe wie an den dem öffentlichen Vertrauen überlassenen, dem Gemeinbedürfnisse dienenden Nutzungsgegenständen lediglich beruht auf der allgemeinen Anerkennung als moralischer Garantie. Oder die Nähe einer Sache zur anderen, des Stückes Vieh zur Heerde zeigt an, ad quem ea res pertinet. Die höhere Stufe der Gewalt schließt die untere aus, der Taschengewahrsam des Gast-

freundes den Besitz des Hausherrn. So auch beim Sonderbesitz des Dienstpersonals. Die sachliche Versperrung ersetzt sich durch bloße custodia, die alleinige Gegenwart genügt bei Übertragung von seiten des anerkannten Besitzers.

2. *Rotering, Hirths Ann. **05** 295 ff. Besitz und Gewahrsam. Es besteht kein Deckungsverhältnis zwischen dem zivil- und strafrechtlichen Besitz oder Gewahrsam im Sinne der §§ 242, 246 StGB. Der erstere ist ein Rechtsinstitut, welches sich keineswegs entwickelt nur aus Gründen logischer Folgerichtigkeit. Der strafrechtliche Gewahrsam entspricht lediglich der natürlichen Anspannungsweise. Schon damit dem Laien der naheliegende Einwand der rechtlich irrigen Auffassung benommen werde, kann das nicht anders sein. Besitz im Sinne des Strafrechts ist immer da gegeben, wo die Sache kann weggenommen werden im Sinne des § 242 StGB. Das Wegnehmen ist ein Entrücken der Sache aus der realen Sachgewalt, das Entziehen aus der erweiterten Beleihung des bisherigen Inhabers, das Aufheben der Versperrung durch die eigene Räumlichkeit oder der custodia außerhalb der eigenen Territorialgewalt. Das alles, wenn eine neue, gleiche Sachgewalt soll für den Täter begründet werden. Wenn nun diese reale Sachgewalt vom Gesetzgeber nicht ignoriert werden kann, wo sie besteht, nicht geschaffen werden kann, wo sie fehlt, so ist eine Diskrepanz zwischen dem Besitz im Sinne des bürgerlichen Rechtes und dem strafrechtlichen Gewahrsam ganz unvermeidlich.

3. Stöver, ABürgR. **26** 165 ff. Unter der zur Eigentumsübertragung an einer beweglichen Sache notwendigen Übergabe ist jeder Erwerb des Besitzes an der Sache durch den Erwerber zu verstehen, welcher sich mit Zustimmung des bisherigen Eigentümers vollzieht. Die Übergabe braucht nicht streng körperlich zu sein, vielmehr muß auch der Besitzerwerb gemäß § 854 ausreichen. Zu beachten ist, daß das Gesetz stets eine Willensbetätigung des Eigentümers dem Erwerber gegenüber verlangt. Eine Übergabe nach § 929 liegt nur dann vor, wenn das Geben und Nehmen der Sache, die Einräumung und Ergreifung des Besitzes an ihr sich als ein Willensakt des Eigentümers und des Erwerbers, als Parteihandlung darstellt. AM. Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte.

Über den Besitz an Stahlfächern s. o. § 535 Ziff. I 1.

§ 855. 1. *Rotering, HirthsAnn. **05** 295 ff. Besitz und Gewahrsam decken sich dort, wo die Rechtsbeziehungen des § 855 BGB. gegeben sind, wo nämlich die tatsächliche Gewalt über eine Sache ausgeübt wird für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft, in seinem Garten, Wald, Speicher, Scheune, Güterhof, auf seinem Acker, Feld, See, im Geschäftswagen, der Kaufhalle, dem Dienstraume der Behörde; denn diese Situation schließt aus den Besitz im Sinne beider Rechte. Strafrechtlich aber ist der Grund nur darin gelegen, daß der Besitzdiener nicht für sich, sondern für den Prinzipal allein das Sachobjekt beherrschen, dieser hingegen ihm den Besitz nicht übertragen, gegenteils die Territorialgewalt über seinen Kopf hinweg noch ausüben will. Er verliert solche beim Abtreten des Besitztums keineswegs, er büßt nur an Schutz und Macht etwas ein. Jener bricht daher seine tatsächliche Gewalt, nimmt ihm die Sache weg, begeht einen Diebstahl. Besitzdiener nach Analogie des § 855 BGB. ist aber auch derjenige, welcher außerhalb jener Räumlichkeiten des Prinzipals Vermögensstücke für diesen halten, tragen, behüten, ergreifen und ihm zuführen will. Das alles, falls er sich seinen Weisungen unterstellt, eine größere Entfernung mit voller Selbständigkeit diese nicht als gegenstandslos erscheinen läßt. Sofort aber ergibt sich Unstimmigkeit zwischen der zivil- und strafrechtlichen Auffassung. Sobald außerhalb der Territorialgewalt des Prinzipals dessen Sachgewalt allein gehalten wird durch den guten Willen des Besitzdieners, wird ihr mit diesem zugleich die Rechtsbasis entzogen. Der Diebsgriff kann

sich gegen die eigene Person nicht richten, der Wagenführer, Dienstmann und Austräger können also am fremden Orte nur unterschlagen, sie brechen keinen fremden Gewahrsam. Auch für die zufällige Inhabung ergibt sich dieselbe Inkongruenz. Gelangt infolge Naturgewalt oder Irrtums eine Sache in die Behausung, wird solche versehentlich zurückgelassen, so entsteht zivilrechtlich erst mit der Besitzergreifung, strafrechtlich sofort Besitz vermöge der Willensbestimmung, in diesem Raume allein mit Ausschließung anderer zu herrschen. Dieser jedoch wieder mit zwei Ausnahmen, welche die Unstimmigkeit insoweit beseitigen. Der Hausgewahrsam wird gebrochen durch den stringenteren Sondergewahrsam des Dienstpersonals oder Gastes an Sachen in besonderer Versperrung sowie den Taschengewahrsam eines jeden anderen, ferner an den Sachen, welche unsere Verkehrsmacht nur zerstören, die wir nicht besitzen wollen, an hineingeworfenen Sprengkörpern oder unsauberen Dingen. An den nach Handelsgepflogenheit zur Ansicht zugesandten Waren erwächst strafrechtlich sofort Besitz, ob zivilrechtlich, ist nicht ganz unbestritten. Anders, wenn die Zusendung verbeten ist.

2. *J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 374 ff. Ein Heimarbeiter hat an dem ihm eingehändigten Arbeitsstoffe zwar Gewahrsam, aber nicht Besitz. Er begeht mithin durch Zueignung Unterschlagung, obwohl er Besitzhalter im Sinne des § 855 BGB. ist.

3. Gierke, Sachenrecht 217 Anm 29. § 855 deckt nicht alle Fälle, in denen Innehabung stattfindet, die kein Besitz ist. Vielmehr kann ohne Rücksicht auf ein Abhängigkeitsverhältnis eine körperliche Inhabung deshalb der Merkmale des Besitzes entbehren, weil sie wegen ihres vorübergehenden Zweckes oder wegen ihrer Gegensätzlichkeit zum Willen keine Sachherrschaft im Sinne der gesellschaftlichen Lebensordnung begründet.

4. Gierke, Sachenrecht 217 Anm. 31. Was ein Verbandsorgan als solches besitzt, besitzt unmittelbar die Verbandsperson. Der den Besitz der Verbandsperson zur Erscheinung bringende Vorsteher oder Beamte ist weder Besitzdiener, noch vermittelnder Besitzer, noch für sich alleiniger Besitzer. Vgl. JDR. **1** Ziff. 2.

§ 857. *Rotering, ABürgR. **27** 95 ff. Der Erbbesitz ist nicht Besitz im Sinne des § 854, der Gesetzgeber kann die tatsächliche Gewalt, wo sie fehlt, nicht schaffen. Der Nacherbe hat die tatsächliche Gewalt nicht, wenn der Vorerbe Herausgabe der Erbschaftssachen verweigert. Allein das „auf der Linie des Rechtes" zur Begründung der tatsächlichen Gewalt hinstrebende Verhältnis wird als noch sog. Besitz durch Interdikte geschützt. Strafrechtlich ist der Erbbesitz unberechtigte Fiktion, mangels tatsächlicher Gewalt kann dem Erben nichts weggenommen werden. Der Erbbesitz kann entstehen ohne Besitzwillen. Ebenso Rotering, HirthsAnn. **05** 299.

§ 858. 1. **RG.** BayRpflZ. **05** 322. Der Enteignungsberechtigte übt verbotene Eigenmacht, wenn er zwar mit Zustimmung des Eigentümers, aber ohne solche des Pächters das Pachtland in Besitz nimmt.

2. Über Schädensansprüche wegen unzulässiger Pfändung von Zubehör **RG.** JW. **05** 494.

3. **a)** **RG.** JW. **04** 361 (JDR. **3** Ziff. 2a) jetzt auch SeuffA. **60** 16 ff. — **b)** **RG.** **59** 328. Eine Besitzstörung kann in schädigenden Immissionen in den Mietgegenstand gefunden werden.

§ 859. *Neubecker, DJZ. **05** 150 f. Soweit nicht zugleich Personennotwehr vorliegt, gibt es beim Angriff auf den (nackten) Besitz keine „Nothilfe" (s. o. § 227 Ziff. 2).

§ 861. OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 89. Da der Gläubiger nach der Pfändung sein Besitzrecht nur durch den Gerichtsvollzieher ausüben kann, kann

der Besitzverzicht des Gerichtsvollziehers nicht unter den Gesichtspunkt der Besitzentziehung durch verbotene Eigenmacht gebracht werden.

§ 863. OLG. Karlsruhe, DJZ. 05 176. Petitorische Widerklage gegen possessorische Klagen ist unter dem Vorbehalte zulässig, daß die Feststellung des Eigentums an sich den Widerkläger noch nicht gegen Verurteilung aus dem Possessorium schützt.

§ 866. Gierke, Sachenrecht 255. Wenn ein Dritter verbotene Eigenmacht gegen Mitbesitzer verübt, kann jeder Mitbesitzer die Besitzschutzansprüche geltend machen, jedoch im Falle der Besitzentziehung nur die Wiedereinräumung des gemeinschaftlichen Besitzes und nur wenn die Genossen den Mitbesitz nicht wieder übernehmen können oder wollen, Einräumung des Alleinbesitzes verlangen. So auch Wolff, Mitbesitz 182 ff. AM.: Planck, Bem. 2a zu § 866.

§ 867. 1. *Rotering, ABürgR. **27** 83, betrachtet das Grundstück als eine nicht empfangsoffene Räumlichkeit im Gegensatze zum Hause, dem Briefkasten, Automaten, Opferkasten, Netz, der Falle oder Sammelbüchse. Wir besitzen alle animo tradendi in diese überführten Dinge, soweit sie zu deren Aufnahme noch bestimmt sind, nicht das Taschentuch, welches in eine Wildfalle gerät, den Stein, mit dem uns das Fenster eingeworfen ist. Gegenstände, welche wider Willen des Besitzers z. B. infolge Naturgewalt oder Irrtums überkommen, sind, bis der Besitzergreifungsakt erfolgt, nur in der zufälligen Inhabe. So auch vergessene Sachen und alle, welche auf mein Grundstück gelangen, die ich aber liegen lasse. Empfangsoffene Räume werden geschlossen durch das Verbot, z. B. Waren zur Ansicht zuzustellen.

2. **a)** Gierke, Sachenrecht 254 Anm. 37. Der Anspruch aus § 867 ist rein possessorisch; aM. Cosack, der Einreden aus dem Rechte zuläßt. — Der Anspruch geht auch gegen den mittelbaren Besitzer des Grundstücks. Vgl. JDR. **1** Ziff. 3. — **b)** Crome, Sachenrecht 238 Anm. 2 dagegen: der Anspruch hat exhibitorischen Charakter, unterscheidet sich aber von dem allgemeinen Vorlegungsanspruch der §§ 809, 811 BGB. in den Voraussetzungen und im Inhalt.

§ 868. 1. **a)** *Pudor, JW. **05** 314 ff. Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer? Die Frage, die erst einmal in erschöpfender Weise von Thiesing (JDR. **1** Ziff. 2) behandelt worden ist, wird von diesem zu Unrecht verneint. Die in dem § 868 BGB. zu den daselbst angeführten Beispielsfällen geforderte Ähnlichkeit muß darin gefunden werden, daß dem unmittelbaren Besitzer der Besitz vom mittelbaren Besitzer gewissermaßen „anvertraut" ist. Das liegt im vorliegenden Falle vor. Denn der Käufer ist dem Verkäufer gegenüber auf Grund der bedingten Erfüllung seitens desselben zum Besitz auf Zeit berechtigt und ist ihm bis zum Eintritt oder Ausfalle der Bedingung, d. h. der Zahlung oder Nichtzahlung des Kaufpreises, der Besitz vom Veräußerer und zwar in seinem Interesse anvertraut. — **b)** Bejaht wird die Frage auch von *Geißler, JW. **05** 521 f., weil durch die bedingte Tradition der Käufer vorerst nur auf Zeit Besitz erlangt, und als Charakteristikum der im § 868 geforderten Ähnlichkeit lediglich verlangt werden kann, daß der unmittelbare Besitzer auf Kosten des Vermögens des mittelbaren Besitzers den Besitz erwirbt, und endlich durch die Vereinbarung auch ein dem Pfandrechte wesensgleiches Verhältnis geschaffen wird.

2. *Rotering, HirthsAnn. **05** 299. Den mittelbaren Besitz kannte das Strafrecht überhaupt nicht. Er entsteht durch Fiktion zugunsten des Ober-, Auch-, Nochbesitzers. Diesem kann das Besitzobjekt nur weggenommen werden, wenn derselbe zufällig auch dieses in die custodia überführte, wie wenn der Prinzipal seine Filialen ständig überwacht.

3. Auch der mittelbare Besitzer kann gegen den unmittelbaren possessorisch klagen. So Gierke, Sachenrecht 256, entgegen der herrschenden Ansicht, die dem mittelbaren Besitzer jeden anderen als den im § 869 geregelten Besitzschutzanspruch versagt. Gierke a. a. O. Anm. 41: Allein § 869 regelt nur die konkurrierenden Besitzansprüche bei mehrfachem Besitz; er enthält keine Einschränkung, sondern eine Erweiterung der nach § 868 dem mittelbaren Besitzer zustehenden Rechte, da der eventuelle Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes sich keineswegs von selbst verstehen würde (JDR. **1** Ziff. 3 c).

§ 872. **a**) *Manigk, ABürgR. **25** 316 ff., wendet sich gegen Auerbach, Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes (JDR. **3** Ziff. 1). Der Erwerb des Eigenbesitzes kann nicht von dem äußeren Anscheine des Besitztatbestandes abhängig gemacht werden. Entscheidend ist vielmehr der Wille, die Sache für sich, unter Ausschluß jedes anderen zu haben, der animus domini. So auch **RG. 54** 135 (JDR. **3** Ziff. 2). Der § 872 stellt auf einen Zweck des Besitzes ab. Ein solcher kann aber nur vom Willen des Handelnden allein gesetzt werden. Praktisch wird freilich aus den Äußerungen auf die Richtung des Willens zurückgeschlossen werden. Der äußere Tatbestand ist insofern von sekundärer Bedeutung, wie bei allen erheblichen inneren Tatsachen. Die Indizien sprechen hier. Daher entscheidet aber auch nicht die causa des ursprünglichen Besitzerwerbes über die dauernde Natur des Besitzes. Der Finder einer fremden Sache ist nach der äußeren, objektiven causa Fremdbesitzer, kann aber auf Grund seines animus doch Eigenbesitzer werden. Der gegnerischen Meinung liegt eine prinzipielle Verkennung des Begriffs der Willenserklärung zugrunde. Der äußere Sachverhalt kann beim Eigenbesitze nur als Äußerung einer Willensrichtung des Besitzers richtig gedeutet werden. Die §§ 116 ff. BGB. wären auf die Äußerungshandlungen nicht anwendbar. Geschäftsunfähige können daher auch nicht Eigenbesitz erwerben; sie sind mithin auch von der Aneignung (§ 958) wie von der Ersitzung (§ 937) ausgeschlossen, da hier Eigenbesitzerwerb vorausgesetzt wird. — **b**) Auch Crome, Sachenrecht 22 Anm. 2, vertritt gegen Dernburg und Auerbach die Ansicht, daß der Eigenbesitz neben der tatsächlichen Herstellung des Machtverhältnisses eine bestimmte Willensrichtung des Besitzers voraussetze.

Zweiter Abschnitt. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Vorbemerkung: Die Erörterungen über das Wesen der sog. dinglichen Einigung (vgl. zu § 873) haben noch immer keinen Abschluß gefunden; Endemann hat in seinem Lehrbuche den Begriff des „Wartrechts" in den Vordergrund gestellt, indem er darunter eine dingliche Anwartschaft versteht, welche ihren Rechtsgrund in der durch die Einigung begründeten rechtlichen Gebundenheit hat. Für die Lehre von der Vormerkung hat Reichel (Umschreibung der Vormerkung) einen wertvollen Beitrag geliefert — vgl. die Besprechung von Strecker, BuschsZ. **35** 284 —, während Bendix, Gruchots Beitr. **49** 291, eine lehrreiche Darstellung der bisherigen Rechtslehre und Rechtsprechung gibt. Auch die Rechtsprechung hat vielfach Gelegenheit gehabt, sich mit den Vormerkungen zu befassen.

Literatur: S. die Zusammenstellung bei der Grundbuchordnung. In neuer (8/9.) Auflage ist erschienen Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II Abt. 1: Sachenrecht; ferner sind an erster Stelle zu nennen: Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. II: Sachenrecht, und Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. III: Rechte an Sachen und an Rechten. Von Goldmann und Lilienthal, Das BGB., systematisch dargestellt, ist die erste Abteilung des zweiten Bandes erschienen; die dritte Auflage des Planckschen Kommentars behandelt das Immobiliarsachenrecht bereits vollständig. Ferner hervorzuheben: Baumann und Kahn, Das neue Liegenschaftsrecht in der Rechtsprechung. — Bernhöft, Das neue bürgerliche Recht in gemeinverständlicher Darstellung. III. Sachenrecht. — Hallbauer, Das deutsche Grundstücksrecht (mit Ausnahme des

Hypothekenrechts). — Reichel, Umschreibung der Vormerkung. 1905. — Schwab, Grundriß des materiellen Liegenschaftsrechts des BGB. unter Berücksichtigung der bayerischen Ausführungs- und Übergangsbestimmungen. — Wandelt (2), Das gesamte Recht des Deutschen Reichs in Frage und Antwort. Bd. III: Sachenrecht. — Über die Ergebnisse der Rechtslehre zum Liegenschaftsrechte berichtet Strecker, R. **05** 386, über Schrifttum und Rechtsprechung Oberneck, DNotV. **05** 31, 403, 669.

§ 873. I. Natur der dinglichen Einigung. 1. **a**) Endemann (8/9) II 88 sieht in der Einigung einen dinglichen Vertrag, aus welchem eine bestimmte rechtliche Gebundenheit entsteht, die als dingliche Anwartschaft oder „Wartrecht" bezeichnet werden kann. Die Beteiligten sind gegenwärtig gebunden und verpflichtet, die zur Vollendung der dinglichen Wirkung erforderlichen Vollzughandlungen und Erklärungen vorzunehmen. (109) Aus der wirksam und formgültig abgeschlossenen Einigung entsteht daher auch eine festbegründete dingliche Rechtslage, eine Gebundenheit der Vertragsgenossen, die inhaltlich für den Erwerber die dingliche Anwartschaft auf Erlangung des Rechtes und für den Passivbeteiligten die dingliche Bewirkungspflicht bezüglich der Rechtsänderung auslöst. — **b**) Dagegen Stöver, ABürgR **26** 193, und Predari, BuschsZ. **35** 291: Das Gesetz scheidet die Einigung als ein durchaus eigenartiges sachenrechtliches Gebilde von ihrer obligatorischen Basis und deutet in keiner Weise an, daß die erste geeignet sei, Verpflichtungen zu begründen, sie ist Erfüllung des Kausalgeschäfts, und wenn dieser Erfüllung ein Mangel anhaftet, so kann seine Heilung nur auf dem Boden des Kausalgeschäfts erfolgen. Regelmäßig wird man aber in der Einigung den Ausdruck des Willens finden, das, was etwa zur Eintragung noch fehlen sollte, zu beschaffen. So wird es angängig sein, im Wege der Auslegung die Grundlage für den Bewirkungsanspruch zu ermitteln; er ist dann kein dinglicher, sondern ein persönlicher aus dem Grundgeschäft. — **c**) Auch Gierke II 314 Anm. 38, Crome III 111 Anm. 13 nehmen an, daß aus der bloßen Einigung nicht auf Vollzug der Eintragung geklagt werden könne, sondern nur aus dem Grundgeschäft, aus dem ein Anspruch auf Übereignung oder eine sonstige dingliche Rechtsänderung entspringt.

2. Stöver, ABürgR. **26** 187, 191. Die Einigung ist ein an sich fertiger sachenrechtlicher Vertrag, nur seine Wirksamkeit hängt noch von einem weiteren Umstande, der Eintragung, als Rechtsbedingung ab; die bindende Einigung (§ 873 Abs. 2) legt den Willen der Parteien fest derart, daß kein Teil mehr einseitig die Eintragung hindern kann. Vgl. auch o. zu §§ 104 ff.

3. *Steyert, Der dingliche Vertrag im BGB. (1905) 30. Die Einigung allein ist kein Vertrag, denn es fehlt ihr jede selbständige Rechtswirkung, den Vertrag bilden vielmehr die beiden gleichwertigen Momente: Einigung und Übergabe (Eintragung). Die Eintragung ist nicht der Erfolg der Einigung, sondern die Voraussetzung des Erfolges. Mängel des Kausalgeschäfts ergreifen nicht ohne weiteres den dinglichen Vertrag; die Anwendbarkeit des § 139 BGB. kommt nicht in Frage. Ein Irrtum über Eigenschaften der Person oder Sache ist bei dem dinglichen Vertrage nicht möglich, wohl aber ein Irrtum über die Person oder die Identität des Vertragsgegenstandes.

II. Die Gebundenheit nach Abs. 2. 1. **a**) Eccius, GruchotsBeitr. **49** 152, bekämpft die Ansicht Ortliebs — vgl. IDR. **3** Ziff. III zu § 873 BGB. —, in der Empfangnahme der formell beurkundeten Eintragungsbewilligung liege die Erklärung, sich an diese zu binden, er bleibt vielmehr bei seiner früheren Auffassung (GruchotsBeitr. **47** 51), daß die Bindung des einen Teiles eintreten könne, während der andere Teil ungebunden bleibe. — **b**) *Güthe, GBO. 337. Der Grund für die Bindungsvorschriften des Abs. 2 ist nicht der, daß die Beteiligten alles, was in ihren Kräften steht, getan haben, um die Eintragung herbeizuführen, sondern lediglich der, übereilte Verfügungen über Grundstücksrechte

zu verhindern. Diese Auffassung kann zur Folge haben, daß die Einigung bindend ist und trotzdem — mangels einer formgerechten Eintragungsbewilligung — die Eintragung nicht erfolgen kann.

2. **RG.** R. **05** 501, BayRpflZ. **05** 430. Eine den veränderten Verhältnissen angepaßte, im Einverständnisse der Beteiligten vorgenommene Ausführung eines Vertrags ist keine Änderung des Vertrags und unterliegt daher nicht der Formvorschrift des Abs. 2.

§ 874. OLG. Colmar, ElsLothZ. **30** 396. Alle überhaupt bewilligten Bestimmungen sind grundsätzlich eintragungsfähig, nicht nur die zur Gültigkeit der Eintragung (z. B. einer Hypothek) notwendigen. Das GBA. ist nicht befugt, einzelne als unwesentlich ganz auszuscheiden. Nur darüber hat es zu befinden, welche Bestimmungen unmittelbar und ausdrücklich, und welche mittelbar durch Bezugnahme auf die Bewilligung einzutragen sind. — Vgl. auch Ziff. 4c zu § 1176 BGB.

§ 875. SächsOLG. **26** 467. Der einseitige Widerruf der nach § 875 Abs. 2 abgegebenen Erklärungen ist für das Verfahren vor dem GBA. unwirksam.

§ 877. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 5. Die Bestimmung des § 877 findet keine Anwendung auf eine Inhaltsänderung vorgemerkter Ansprüche.

§ 878. 1. RJA. **6** 67 (KG.) läßt es dahingestellt, ob die im KGJ. **22** A 129 — JDR. **1** Ziff. 2 zu § 878 — ausgesprochenen Rechtssätze schlechthin festzuhalten oder schlechthin abzulehnen oder etwa — wie bei der Nacherbfolge — dahin einzuschränken seien, daß Eintragungen auf Bewilligung des Gemeinschuldners, ohne Zustimmung des Konkursverwalters, nur zulässig sind, wenn die Eröffnung des Konkursverfahrens in das Grundbuch eingetragen ist oder gleichzeitig eingetragen wird (KO. § 113). Jedenfalls bedarf es zur Löschung einer abgetretenen Hypothek, da deren Übergang möglicherweise den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist, der Einwilligung des Konkursverwalters (KGJ. **23** A 242).

2. *Güthe, GBO. 214. Mit der herrschenden Meinung ist anzunehmen, daß der Grundbuchrichter Eintragungen auf Grund rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen des Gemeinschuldners im Hinblick auf die Tatsache der Konkurseröffnung nicht zurückweisen darf. Die gegen diese Ansicht neuerdings gerichteten Angriffe sind unbegründet.

§ 879. 1. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 53. § 879 gilt auch für Vormerkungen.

2. BayObLG. **6** 116. Die bei der Bestellung einer Hypothek durch den Erwerber eines Grundstücks erfolgte Zuweisung eines bestimmten Ranges wirkt, wenn auf Grund eines gegen den bisherigen Eigentümer gerichteten Vollstreckungstitels die Eintragung einer Vollstreckungshypothek vor dem Eingange des Antrags auf Eintragung des Erwerbers und der von ihm bestellten Hypothek beantragt worden ist, nicht gegenüber der Vollstreckungshypothek, falls die Eintragung beider Hypotheken am nämlichen Tage, die der Vollstreckungshypothek aber zuerst bewirkt wird.

§ 880. 1. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 57. a) § 880 ist auch dann anwendbar, wenn auf beiden Seiten Vormerkungen in Frage stehen. Die vortretende Vormerkung behält ihren neuen Rang auch dann, wenn die zurücktretende Vormerkung, nachdem sie zuvor in einen Definitiveintrag sich verwandelt hat, nachmals durch Rechtsgeschäft aufgehoben wird. — b) Der Anspruch auf Rangrücktritt ist vormerkbar; dies selbst dann, wenn die vor- oder zurücktretende Eintragung oder beide nur Vormerkungen sind.

2. Abs. 2 Satz 2. **a)** Reichel a. a. O. 56. Die Zustimmung des Eigentümers ist überflüssig, wenn eine Hypotheken- oder Grundschuldvormerkung zurücktreten soll. -- **b)** Turnau, GruchotsBeitr. **49** 696, hält diese Ansicht für bedenklich: Ist die vorgemerkte auch keine endgültige Grundschuld oder Hypothek, so ist sie doch bestimmt, eine solche zu werden, und kann dann vom Eigentümer erworben werden. — Vgl. auch Ziff. 3 zu § 114 ZVG. (teilweiser Rangrücktritt).

§§ 881, 882. Nach *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 53, 48 gelten die §§ 881, 882 auch für Vormerkungen. Seine frühere Ansicht hinsichtlich des § 882 in JheringsJ. **46** 126 widerruft der Verfasser.

§ 883. 1. Wesen der Vormerkung. — **a)** Endemann (8/9) II 402 bezeichnet die Vormerkung als einen Grundbuchvermerk, durch den die Verwirklichung des eingetragenen Anspruchs der Publizitätswirkung des Grundbuchs unterstellt wird und wobei der obligatorische Anspruch auf eine Rechtsänderung durch seine Eintragung ins Grundbuch zu einem dinglichen Wartrechte gesteigert wird. Auch Crome III 176 spricht von einem Anwartschaftsrechte des Vorgemerkten auf die in der Vormerkung bezeichnete dingliche Rechtsstellung. Gierke II 338 weist auf Ähnlichkeit mit dem aus germanischen Rechtsgedanken geborenen „Rechte zur Sache" hin. — **b)** *Bendix, GruchotsBeitr. **49** 291, 527. Die Vormerkung ist kein selbständiges dingliches Recht, aber sie ist eine dingliche, den obligatorischen Anspruch verlautbarende, den Definitiveintrag vorbereitende, also eine qualifizierte Verfügungsbeschränkung, dem Veräußerungsverbote der §§ 135 ff. verwandt, ihm gegenüber jedoch eine Reihe von Besonderheiten aufweisend. Insbesondere hindert im Gegensatze zum Veräußerungsverbote die Auflassungsvormerkung die ZwVerst. nicht, auch wenn sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht. — **c)** KGJ. **29** A 236, RJA. **5** 262, OLG. **10** 440 (KG.). Die Vormerkung erzeugt kein dingliches Recht am Grundstücke, sondern enthält lediglich ein qualifiziertes, d. h. gegen den Erwerber des durch die Vormerkung betroffenen Grundstücks oder dinglichen Rechtes wirksames Veräußerungsverbot, durch welches der persönliche Anspruch eines Dritten auf Eintragung eines Rechtes dinglich gesichert wird. Ebenso OLG. 8 229.

2. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 4. Abtretung, Verpfändung, Pfändung vorgemerkter Ansprüche sind der Grundbucheintragung zwar nicht rechtsbedürftig, aber fähig und würdig. (Dort auch ausführliche Begründung und Darlegung der Rechtsfolgen der Verlautbarung.)

3. **a)** Endemann (8/9) II 405 Anm. 22 bekämpft die Ansicht Strohals — JDR. **3** Ziff. 2 zu § 883 — wegen der Anwendbarkeit des § 893 BGB. auf bewilligte Vormerkungen, denn es handle sich bei Eintragung einer Vormerkung nicht um eine dingliche Rechtsänderung, durch die in den Bestand eines bereits bestehenden Rechtes unmittelbar eingegriffen werde, sondern nur um die Sicherung einer erst später vorzunehmenden Verfügung. Auch findet er es nicht dem Verkehrsinteresse entsprechend, das Recht aus der Vormerkung unter den öffentlichen Glauben des Grundbuchs zu stellen, dessen Anwendbarkeit auf die Fälle des vollendeten dinglichen Erwerbes zu beschränken sei. Wie Strohal auch Crome III 184 und Gierke II 337 Anm. 152. — **b)** *Reichel 7, 8. § 893 Halbs. 2 ist zugunsten desjenigen gutgläubigen Vormerkungsgläubigers, der seine Vormerkung auf Grund Bewilligung des Betroffenen erlangt hat, voll anwendbar; er besagt, daß der Gläubiger die vormerkungsmäßige Anwartschaft auch dann erlangt, wenn der eingetragene Bewilligende materiell Nichtberechtigter ist; besagt dagegen nicht, daß der gutgläubige Rechtsnachfolger eines materiell unrichtig Vorgemerkten vermöge Vertrauens auf die Eintragung seines Vorgängers, also vermöge seiner bona fides die Anwartschaft erlange. Denn § 893 hat nur Verfügungen über Rechte, nie über Ansprüche oder Vormerkungen im Auge.

4. **a)** RG. **60** 423, JW. **05** 432, ZBlFG. **6** 53, DNotV. **05** 682. Die Anfechtung auf Grund des AnfG. ist nicht auf die Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an dem durch die anfechtbare Handlung veräußerten Vermögensstücke gerichtet, sondern bezweckt nur die Verurteilung des Anfechtungsbeklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung. Eine Verpflichtung des Anfechtungsbeklagten zur Einräumung einer Zwangshypothek auf den mittels der anfechtbaren Handlung erworbenen Grundstücken zugunsten des Anfechtungsberechtigten ist hierin nicht enthalten. Ein dahin gehender Anspruch des Anfechtungsberechtigten würde, auch wenn sich die Verpflichtung des Anfechtungsgegners zur Zahlung einer Geldsumme begründen ließe, auch aus § 866 ZPO. nicht hergeleitet werden können. Diese Bestimmung gewährt dem Gläubiger einer vollstreckbaren Forderung keinen Anspruch gegen den Schuldner auf Bestellung einer Sicherungshypothek, sondern das Recht auf deren Eintragung im Wege der Zwangsvollstreckung ohne Mitwirkung des Schuldners. Der Gläubiger kann daher nicht auf Grund dieser Vorschrift die Eintragung einer Vormerkung fordern. Vgl. RJA. **2** 93 (KG.) — **b)** PosMSchr. **05** 46, RJA. **5** 215, KGJ. **29** A 167, ZBlFG. **6** 118, R. **05** 351 (KG.). Unzulässig ist die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der Ansprüche, welche einem Gläubiger wegen der Anfechtbarkeit der von seinem Schuldner vorgenommenen Abtretung einer Hypothek gegen den Erwerber der Hypothek zustehen, da der Anfechtende weder einen persönlichen noch einen dinglichen Anspruch auf Rückgabe des Veräußerten hat, sondern nur einen persönlichen Anspruch darauf, daß der Empfänger ihm das Vermögensstück zum Zwecke der Zwangsvollstreckung wegen der ihm zustehenden vollstreckbaren Forderung so zur Verfügung stellt, als gehöre es noch zum Vermögen des Schuldners (RG. **56** 195, JW. **02** 221 Nr. 30, **03** 159 Nr. 24, auch RG. **47** 216, GruchotsBeitr. **40** 1154). Es handelt sich somit nicht um eine Vormerkung zur Sicherung von Ansprüchen auf Einräumung eintragungsfähiger Rechte. AM. OLG. **5** 422 (Cöln). Der beabsichtigte Zweck würde durch die Anordnung der Eintragung eines Veräußerungsverbots gemäß §§ 136, 892 Abs. 1 Satz 2 BGB., § 938 ZPO. erreicht werden können. — **c)** *Bendix, GruchotsBeitr. **49** 293, 298. Die Eintragung der Vormerkung ist zulässig, wenn der Konkursverwalter gemäß §§ 31, 32 KO. die Rückgewähr zur Konkursmasse, z. B. die Rückauflassung eines Grundstücks oder die Wiedereintragung einer gelöschten Hypothek verlangt. Anders RG. **56** 145.

5. **a)** OLG. **10** 440, RJA. **5** 262, KGJ. **29** A 236 (KG.). Unzulässig ist die Eintragung einer Vormerkung auf den Anteil eines Miteigentümers, wenn die Anteile der Miteigentümer im Grundbuche nicht in Bruchteilen angegeben sind, da sein Eigentumsrecht durch die Eintragung der Vormerkung betroffen wird (GBO. § 40), dann aber die vorherige Eintragung der Anteile der Miteigentümer in Bruchteilen nach § 48 GBO. erforderlich ist. Vgl. Ziff. 2 b zu § 40 und Ziff. 3 a zu § 48 GBO. — **b)** OLG. Karlsruhe, BadNotZ. **05** 189, BadRpr. **05** 357. Da nach § 2033 Abs. 2 BGB. den einzelnen unabgeteilten Erben kein Recht an dem einzelnen Nachlaßgegenstande zusteht, so kann die Verpfändung eines Erbteils im Grundbuche weder eingetragen noch vorgemerkt werden, weil kein Recht an der Sache vorhanden ist, auf das ein persönlicher Anspruch bestände und weil, insoweit ein Berichtigungsanspruch in Frage steht, dieser kein solches ist. Die Vormerkung könnte nicht einseitig von einem Erben ohne Zustimmung sämtlicher übrigen bewilligt werden. — **c)** *Reinhold, BayRpflZ. **05** 317. Eine Vormerkung wegen Erwerbes des Eigentums oder Miteigentums an einem Grundstücke durch Anteilsübertragung hinsichtlich eines Nachlasses seitens eines Miterben gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. ist unzulässig, vielmehr liegen in diesem Falle die Voraussetzungen der Eintragung

eines Widerspruchs mit Rücksicht auf die dingliche Wirkung des Übertragungsvertrags vor.

6. Die Zulässigkeit einer Vormerkung zur Sicherung eines Wiederkaufsrechts bejaht LG. Stolp, PosMSchr. **05** 3.

7. *Bendix, GruchotsBeitr. **49** 299. Der Anspruch des eingetragenen Hypothekengläubigers im Falle des § 1163 Abs. 2 kann — anders OLG. **7** 368 (KG.) — durch Vormerkung nicht gesichert werden, da dieser Anspruch nicht auf Änderung des Inhalts der Hypothek, sondern nur auf Übergabe des HypBriefs zielt.

8. OLG. **11** 121 (Karlsruhe). Die wegfallende Vormerkung kann nicht zur Eigentümerhypothek werden. Vgl. JDR. **3** Ziff. 9 zu § 883.

§ 884. *Bendix, GruchotsBeitr. **49** 519. Der § 884 findet auch Anwendung, wenn die Vormerkung erst nach dem Eintritte des Erbfalls gebucht ist, sofern nur der Anspruch gegen den Erblasser bestanden hat. Der § 221 Abs. 2 KO., der die Unwirksamkeit einer derartigen, im Wege der einstw. Verf. erlangten Vormerkung anordnet, hat nur bei dem Ausbruche des Nachlaßkonkurses Bedeutung. Doch schließt eine auf diesem Wege erlangte Vormerkung das Recht des Erben bei Unzulänglichkeit des Nachlasses im Falle des § 1990 und das Vorbringen der aufschiebenden Einreden des Erben gemäß §§ 2014, 2015 BGB. nicht aus.

2. *Reichel 49. Auf die Füglichkeit aus § 884 kann der Vorgemerkte verzichten. Der Verzicht bedarf der Eintragung.

§ 885. OLG. **11** 283, RJA. **5** 194, KGJ. **29** A 150, PosMSchr. **05** 4 (KG.). Ist ein zum Gesamtgute der allgemeinen GG. gehörendes Grundstück nur auf den Namen des Ehemanns eingetragen und soll auf Grund einer gegen den Ehemann erlassenen einstweiligen Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums eingetragen werden, so bedarf es vor Eintragung der Vormerkung der vorgängigen Eintragung der Ehefrau als Miteigentümerin (§ 40 Abs. 1 GBO.).

§ 886. *Bendix, GruchotsBeitr. **49** 531. Der Beseitigungsanspruch fällt nicht unter § 894 BGB.

§ 888. 1. Nach Endemann (8/9) II 422 ist für den Anspruch gegen den Schuldner sein persönlicher, für den Anspruch gegen den Dritten wahlweise der persönliche neben dem dinglichen Gerichtsstande maßgebend, weil der § 26 (nicht § 24) ZPO. entscheide, denn mit dem Anspruche gegen den Dritten werde weder das Eigentum noch eine Belastung an dem Grundstücke, sondern das Recht auf Erlangung einer solchen geltend gemacht.

2. Desgleichen erachtet *Bendix, GruchotsBeitr **49** 516, den Gerichtsstand des § 24 ZPO. nicht für begründet, da die Vormerkung eine dingliche Belastung nicht darstelle und mit der Klage die Freiheit von einer dinglichen Belastung nicht geltend gemacht werde, dagegen erzeugt nach seiner Ansicht die gegen den Dritten auf seine Zustimmung gerichtete Klage aus der Vormerkung die Streitbefangenheit des von ihr betroffenen Grundstücks oder Rechtes (§§ 265, 266 ZPO.). Ist die Rechtshängigkeit dem späteren Erwerber bekannt oder aus dem Grundbuch ersichtlich, dann wirkt das rechtskräftige Urteil nach Maßgabe des § 325 ZPO. für und gegen ihn.

§ 890. 1. **a)** *Ungewitter, JustdRundsch. **4** 374. Die Gutskomplexe und unbeweglichen Pertinenzstücke des bayerischen Hypothekenrechts sind als Grundstücksvereinigungen bzw. zugeschriebene Bestandteile im Sinne des § 890 BGB. nur insolange zu erachten, als die bayerisch-rechtliche Hypothek auf den Grundstücken lastet. Werden die Grundstücke hypothekfrei, so erscheinen sie lediglich als Einzelgrundstücke, für welche ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt wird (§ 4 GBO.). Die Grundstücksvereinigung oder Bestandteilzuschreibung setzt

eine ausdrückliche Erklärung des Eigentümers voraus, welche vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden muß. — **b)** *Dennler, SeuffBl. **05** 225. Nach bayerischem Hypothekenrechte stellen die auf einem Hypothekenbuchblatte vorgetragenen Parzellen nicht ohne weiteres ein einheitliches Grundstück dar. Die gegenteilige Anschauung des BayObLG. 5 428 ist nicht richtig. Die durch gemeinschaftlichen Vortrag auf einem Hypothekenbuchblatte bewirkte Verbindung ist eine rein äußerliche; die einzelnen Grundstücke bleiben besondere Hypothekenobjekte. Ein einheitlicher Hypothekgegenstand, ein Grundstück werden sie nur auf Grund besonderer Erklärung des Eigentümers.

2. Blessing, WürttZ. **05** 332, behandelt die Belastungen bei Zuschreibung und Vereinigung von Grundstücken nach württemb. Grundbuchrechte.

3. Abs. 2. KGJ. **30** A 180, RJA. **6** 73 (KG.). Die Vorschrift des § 890 Abs. 2, wonach der Grundstückseigentümer ein Grundstück einem anderen zuschreiben lassen kann, ist lediglich materiellrechtlicher Natur und regelt nicht die Frage, wer befugt sein soll, den formellen Antrag auf Zuschreibung bei dem GBA. zu stellen. Vgl. Ziff. 3 zu § 13 u. Ziff. A 1 zu § 71 GBO. — S. auch Ziff. 1 u. 2 zu § 63 ZVG.

§ 891. **a)** KGJ. **29** A 148, RJA. **5** 125, R. **05** 263 (KG.). Sind Eheleute als in der Gütergemeinschaft des früheren rheinischen Rechtes lebend im Grundbuch eingetragen, so gilt die Vermutung für das Fortbestehen des Güterstandes, es müßten denn begründete Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß die GG. nachträglich aufgehoben ist. Vgl. KGJ. **20** A 183. — **b)** KGJ. **29** A 186, DNotV. **05** 713. Der eingetragene HypGläubiger ist präsumtiv zur Erteilung der Löschungsbewilligung befugt. Ergibt sich aber aus seiner eigenen Erklärung, daß die Hypothek ihm nicht mehr zusteht, so muß die Bewilligung von dem wahren Berechtigten erteilt werden. Vgl. KGJ. **26** A 150. — **c)** SchlHolst. Anz. **05** 7 (Kiel). Die Vermutung des § 891 erstreckt sich auch auf die vor dem 1. 1. 00 in das Grundbuch bewirkten Eintragungen.

§ 892. 1. Angaben des Grundbuchs über den Umfang der Grundstücke. **a)** *Güthe, GBO. 73 ff. Der gute Glaube des Grundbuchs erstreckt sich auch auf die Bestandsangaben und zwar sowohl auf die Zugehörigkeit einer Parzelle, als Ganzes betrachtet, zum Grundstücke, wie auch auf ihren durch die Katasterkarte nachgewiesenen Umfang. Dafür spricht der Wortlaut des § 892 BGB. und die Erwägung, daß das Sonderinteresse des wirklichen Eigentümers zurücktreten muß nicht hinter dem Sonderinteresse des gutgläubigen Erwerbes, sondern hinter dem allgemeinen Interesse der Sicherheit des Grundbuchverkehrs, dessen Schutz allerdings den Schutz des Sonderinteresses des gutgläubigen Erwerbes zur Folge hat. — **b)** Wolff (Über Katasterraub nach dem neuen Rechte), R. **05** 271 führt aus, daß der öffentliche Glaube sich nur auf die in das Grundbuch eingetragenen Rechte bezieht, nicht auf Angaben des Grundbuchs über Lage und Größe der Grundstücke. Ebenso Goldmann-Lilienthal II 160. — **c)** Kober, SeuffBl. **05** 252. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs kommt nicht dem Grundsteuerkataster oder (in Bayern) dem amtlichen Verzeichnisse der Grundstücke (Sachregister) zu. — **d)** KGJ. **30** A 202. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf diejenigen Katasterangaben im Bestandsverzeichnisse, die lediglich zur Bezeichnung und näheren Beschreibung des Grundstücks dienen, namentlich nicht auf Größenangaben. Vgl. KGJ. **27** A 86.

2. Doppelbuchungen. *Güthe, GBO. 76. Sobald eine Parzelle im Grundbuch eingetragen steht, kann ihre Buchung auf einem anderen Blatte nur dadurch in rechtswirksamer Weise geschehen, daß die Parzelle von dem ersten

Blatte abgeschrieben und auf das andere Blatt übertragen wird. Eine andersartige Buchung auf einem anderen Blatte ist rechtsunwirksam, denn ein gebuchtes Grundstück ist nicht mehr buchungsfähig. Erfolgt trotzdem eine neue Buchung, so kann diese, da sie unwirksam ist, die Wirkung der ersten Buchung nicht beeinträchtigen. Daraus folgt, daß im Falle der Doppelbuchung die zeitlich frühere Buchung maßgebend bleibt und entscheidet. Nur im Falle des abgeleiteten Erwerbes ist die jüngere Buchung als die wirksame anzusehen. Erfolgen beide Buchungen gleichzeitig, so sind beide unwirksam. Bezüglich der hiernach unwirksamen Buchung versagt auch der Grundsatz des guten Glaubens. Es entscheidet — außer im Falle der gleichzeitigen Buchung — nicht das materielle Recht, sondern die Rechtswirksamkeit der Buchung in Verbindung mit dem Grundsatze des guten Glaubens.

3. **RG.** JW. **05** 531, DJZ. **05** 1009, RheinNotZ. **05** 247: Objektiv wird zur Anwendung des § 892 erfordert, daß eine Abweichung des Inhalts des Grundbuchs von der wirklichen Rechtslage bestehe, subjektiv aber, daß der Erwerber des Rechtes an dem Grundstücke seinen Erwerb im Vertrauen auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs gemacht habe. Wer sich daher trotz Kenntnis der Angaben des Grundbuchs wegen des Inhalts und der Grenzen des von ihm erworbenen Rechtes nicht auf die Auskunft des Grundbuchs verläßt, sondern die Erklärungen seines Veräußerers für maßgebend erachtet, von dem steht fest, daß er, auch wenn er nicht positiv das das seinige materiell begrenzende Recht eines Dritten kennt, eben nicht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bei seinem Erwerbe gefolgt ist, und bei dem kann deshalb auch nicht dieser öffentliche Glaube eine Täuschung, die in dem Buche selbst ihren Grund hätte, verhindern. Denn weil er auf die Angaben des Grundbuchs sich nicht verläßt, ist er durch sie auch nicht getäuscht, und die Erklärungen des Veräußerers, denen er folgt, geben dem von ihm erworbenen Rechte einen der wirklichen Rechtslage entsprechenden Inhalt und Umfang.

4. *Ruge, Wegnahmerecht 89. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs schützt nicht vor dem Wegnahmerecht.

5. *Reichel, Umschreibung d. Vormerkung 43. Wer einen vorgemerkten Anspruch erwirbt in dem guten Glauben, der Anspruch reiche soweit als die Vormerkung besagt, kann sich zur Begründung seiner Behauptung, er habe in der Tat den Anspruch in dem vormerkungsmäßigen Umfang erworben, auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht berufen. — Vgl. auch o. Ziff. 3 b zu § 883.

6. *Kretzschmar, GruchotsBeitr. **49** 1 bekämpft die Ansicht des KGJ. **23** A 117 — vgl. JDR. **2** Ziff. 9 zu § 19 GBO. — und KGJ. **27** A 97 — JDR. **3** Ziff. 9 zu § 892 BGB. —, wonach einem Eintragungsbegehren nicht stattzugeben sei, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs sich aus den Akten ergebe, mit folgenden Ausführungen: Den Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892 BGB. bildet dasjenige, was über die an einem Grundstücke bestehenden Rechtsverhältnisse im Grundbuch eingetragen ist und sich aus den dabei zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsgrundlagen (Eintragungsbewilligung, einstweilige Verfügung) ergibt. Da lediglich dies für den rechtsgeschäftlichen Erwerb in Frage kommt, müssen auch die Erklärungen des eingetragenen Berechtigten ohne jede Rücksicht darauf, ob das Grundbuch richtig ist oder nicht, eine taugliche Eintragungsgrundlage bilden. Daran kann selbst der Umstand nichts ändern, daß die Unrichtigkeit des Grundbuchs sich aus den Grundakten ergibt. Das Grundbuchamt darf bei dem Zutagetreten einer Unrichtigkeit des Grundbuchs, die von ihm verschuldet worden ist, gemäß dem § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. einen Widerspruch eintragen, und zwar dies auch nur so lange, als nicht eine von den buchmäßigen Berechtigten bewilligte Eintragung beantragt ist, deren Wirk-

samkeit durch die Verlautbarung beeinflußt werden würde. Zur Ablehnung eines Eintragungsantrags wegen einer zutage getretenen Unrichtigkeit des Grundbuchs ist das Grundbuchamt unter keinen Umständen befugt; denn dies würde auf eine Sperrung des Grundbuchs hinauskommen, die auch durch die Eintragung eines Widerspruchs nicht herbeigeführt wird. Zustimmend: Goldmann-Lilienthal II 148—150 Anm. 29.

§ 893. Vgl. o. Ziff. 3b zu § 883.

§ 894. 1. **a**) Stintzing, R. **05** 72, erörtert die Natur des Berichtigungsanspruchs und kommt zu dem Ergebnisse, daß es sich nicht, ➸ wie z. B. auch Crome III 156 annimmt — Red. ⇜ um eine actio negatoria handle, da eine Beeinträchtigung des Eigentums nicht oder noch nicht vorliege, sondern um einen Gestattungsanspruch, gerichtet auf Gestattung der Berichtigung. Insofern stellt er den Berichtigungsanspruch mit den beweisrechtlichen Ansprüchen aus den §§ 259—261, 368, 809—811, 919 BGB. auf eine Stufe. „Diese Ansprüche lassen sich kaum den regelmäßigen Leistungspflichten gleichstellen und haben in sich keinen Vermögenswert, so daß eine Pfändung nicht möglich ist. Gepfändet werden kann immer nur das Recht, dessen Beweise sie dienen." — **b**) Nach Endemann (8/9) II 384 handelt es sich um einen eigenartigen öffentlichen Rechtsschutzanspruch, durch den der dinglich Berechtigte die Verwirklichung seines Interesses an dem richtigen buchmäßigen Dasein seines Rechtes bei dem Grundbuchamte durchzusetzen vermag. Die Grundlage hierfür bildet der entsprechende materiell-rechtliche Anspruch gegen den Gegner.

2. Abtretung und Pfändung des Berichtigungsanspruchs. — **a**) *K. Meyer, SeuffBl. **05** 166. Die Abtretbarkeit des Berichtigungsanspruchs, seine rechtsgeschäftliche Verpfändung nach § 1274 BGB. und die Pfändung und Überweisung an Zahlungs Statt nach § 835 Abs. 2 ZPO. sind ausgeschlossen. Dagegen ist eine Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs zur Einziehung zulässig. Hier kommt keine Übertragung zu Eigentum des Pfandgläubigers in Frage. — **b**) *Güthe, GBO. 438 f. Die nicht in der Form der Auflassung vollzogene Abtretung des Berichtigungsanspruchs gibt dem Zessionar nur das Recht, die Eintragung des Zedenten zu verlangen. Anders, wenn die Übertragung des Berichtigungsanspruchs dadurch erfolgt, daß der nicht eingetragene Eigentümer das Grundstück aufläßt. — **c**) **RG. 59** 289, JW. **05** 71, 72; ZBlFG. **6** 365 (vgl. JDR. **2** Ziff. 4c zu § 894). Nicht jeder, der an der Berichtigung des Grundbuchs ein Interesse hat, ist berechtigt, die Berichtigung zu verlangen, sondern nur der dinglich Berechtigte, welchem außerhalb des Grundbuchs ein Recht an dem Grundstücke zusteht, welches nicht oder nicht richtig gebucht ist. Hieran wird auch durch die Einwilligung des dinglich Berechtigten in die Erhebung der Klage seitens eines dritten Interessenten nichts geändert, weil damit der Kläger nicht ein solcher geworden ist, dessen außerhalb des Grundbuchs bestehendes dingliches Recht durch die falsche Eintragung beeinträchtigt wird. Damit ist von selbst gegeben, daß die Abtretung des Berichtigungsanspruchs nicht ein Recht in der Person des Zessionars begründet. (Unter Bezugnahme auf **RG. 53** 408, JDR. **1** Ziff. 1, **2** Ziff. 4d zu § 894 BGB.) — **d**) OLG. **10** 388 (Posen), PosMSchr. **05** 85. Die Abtretung des Berichtigungsanspruchs ist im **RG. 59** 289 (o. zu c) nicht schlechthin für unzulässig erklärt, sondern nur dann, wenn sie bezweckt, ein außerhalb des Grundbuchs bestehendes Eigentum an einem Grundstück auf einen anderen zu übertragen und auf diese Weise die Auflassung zu umgehen. Zum Zwecke der Legitimation eines Berechtigten dagegen ist die Abtretung des Berichtigungsanspruchs zulässig.

3. **RG. 60** 259. Der Grundstückseigentümer, dem der wahre Gläubiger

die Löschung einer Hypothek versprochen hat, kann vom Buchgläubiger nicht die Berichtigung des Grundbuchs (durch Löschung) verlangen, da es sich nicht um die Beseitigung einer nicht rechtsbeständigen Hypothek, deren Bestehen das Grundbuch unrichtig macht, handelt, sondern um einen obligatorischen Anspruch, den der Grundstückseigentümer gegen den Buchgläubiger nur verfolgen kann, wenn er sich den Berichtigungsanspruch des wahren Gläubigers hat überweisen lassen.

4. ZBlFG. 5 624 (Dresden). Der Gläubiger des Eigentümers eines mit einer Buchhypothek belasteten Grundstücks, der die Verwandlung der Hypothek in eine Grundschuld infolge Tilgung behauptet und deshalb eine einstweilige Verfügung auf Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs bei der Hypothek sowie die Pfändung des Berichtigungsanspruchs des Eigentümers erlangt hat, ist berechtigt, neben dem Widerspruch auch diese Pfändung eintragen zu lassen.

5. *Reichel 44. Insoweit ein vorgemerkter Anspruch absolut erlischt, steht dem Vorgemerkten ein Berichtigungsanspruch entgegen.

§ 899. 1. Schmidt-Knatz, DJZ. **05** 1157, fordert eine präzise Fassung des Widerspruchs, nämlich nur, soweit der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechtes an einem Grundstücke mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht, da die Eintragung eines Widerspruchs ohne jede Einschränkuug die Rechte des Hypothekars in empfindlicher Weise beeinträchtigt.

2. BayObLG. **6** 200, R. **05** 225. Auf Grund des Anfechtungsrechts, das nur einen persönlichen Anspruch gegen den Anfechtungsgegner auf Rückgewähr des vom Schuldner veräußerten Grundstücks bewirkt, kann gegen die Umschreibung des Anwesens ein Widerspruch (Protestation nach § 27 BayHypG.) nicht eingetragen werden. Liegt aber der Veräußerung ein Scheingeschäft zugrunde, so ist Protestation gegen die Umschreibung zulässig.

3. *Reinhold, BayRpflZ. **05** 317. Ist von einem Miterben gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. dessen Anteil am Nachlaß auf einen anderen Miterben oder einen Dritten übertragen worden, so ist der Erwerber des Nachlaßanteils erforderlichenfalls mit Rücksicht auf das von ihm erworbene Eigentum bzw. Miteigentum berechtigt, im Grundbuch einen Widerspruch eintragen zu lassen. Eine Vormerkung wegen Erwerbes des Eigentums oder Miteigentums ist dagegen unstatthaft.

4. Die Zulässigkeit des Widerspruchs gegen eine Vormerkung bejaht *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 44.

§ 902. *Bendix, GruchotsBeitr. **49** 529. Die bloß vorgemerkten Ansprüche sind nicht wie Ansprüche aus eingetragenen Rechten der Verjährung entzogen. Die Bewilligung der Vormerkungseintragung bewirkt infolge ihres streng einseitigen Charakters nicht einmal die Unterbrechung der Verjährung, nur wenn sie dem Gläubiger gegenüber abgegeben wird, kann darin unter Umständen ein Anerkenntnis liegen.

Dritter Abschnitt. Eigentum.

Erster Titel. Inhalt des Eigentums.

Vorbemerkung: Ein bisher noch wenig bearbeitetes Gebiet der juristischen Wissenschaft behandelt Jurisch in seinem Luftrecht. Seine Anregungen sind von rein juristischer Seite durch Matthiaß in der DJZ. aufgenommen worden. Zu den wichtigen §§ 904, 906 liegen beachtenswerte Äußerungen von Bunsen vor. Hinzuweisen ist auf die tüchtige Arbeit Rüdenbergs über das Notwegrecht. — Aus der Praxis ist vor allem von Bedeutung die Entsch. des **RG.** 58 130 ff., durch die für gewisse Verhältnisse — z. B. Beeinträchtigung durch Funkenfall — eine Schadensersatzpflicht ohne Verschulden statuiert wird. (§ 906 Ziff. II 4.)

Literatur: Bunsen, Der Schutz des Eigentums im BGB., Bernhöft u. Binders Beitr. Heft 6 419—454. — Geiershöfer, Die Grenzmauer, insbesondere der Grenzmauervertrag, R. 05 401—406. — Jurisch, Das Luftrecht in der deutschen GewO. Berlin 1905. — Matthiaß, Luftrechtliche Fragen, DJZ. 05 431—435. — Ortloff, Aus dem Nachbarrecht, ABürgR. 26 327—342. — Rüdenberg, Das Notwegrecht. Bonn 1905. — Schumacher, Lage und Feststellung der Eigentumsgrenzen bei seitlicher Verschiebung der Grenzzeichen infolge der durch den Bergwerksbetrieb veranlaßten Bodensenkungen, ZBergr. 44 203 ff.

§§ 903 ff. *Rüdenberg, Notwegrecht § 7 I 38 f. Einzelnen der im Titel vom „Inhalt des Eigentums" vereinigten nachbarrechtlichen Befugnissen entsprechen besondere Konstruktionen, die auch sonst im geltenden Rechte verwandt sind; so kann man sprechen von „einer dem Inhalte des Eigentums angehörenden Befugnis, welche einer Dienstbarkeit entspricht". Dies ist auch praktisch wichtig.

§ 903. OLG. **10** 116 (Marienwerder). Der Eigentümer eines Grundstücks braucht keine Veranstaltungen zu treffen, durch die er verhindert, daß das über sein Grundstück wild ablaufende Wasser in das Nachbargrundstück eindringt, denn er darf mit seinem Eigentume nach Belieben verfahren.

§§ 904 ff. Biermann, Öffentliche Sachen 35. Die Eigentumsbeschränkungen der §§ 904—924 finden auch auf die Eigentümer öffentlicher Sachen Anwendung. AM. O. Mayer, AÖffR. **16** 63.

§ 904. **a)** *Bunsen 419 ff. Zu § 904 wird in Gegensatz zu Biermann, Komment. z. § 904, und Endemann, Einf. I 374 ausgeführt, daß für den Schaden der Täter und nicht derjenige, in dessen Interesse die Einwirkung gewesen ist, haftbar ist. Der letztere könne höchstens nach § 812 BGB. haften. **b)** LG. Straßburg, PucheltsZ. **05** 157. Nur der Handelnde ist nach § 904 schadensersatzpflichtig.

§ 905. I. 1. Luftrechtliche Fragen. **a)** *Jurisch faßt alle Beziehungen zwischen Mensch und Luft und zwischen den Menschen untereinander in betreff der Luft, die sie atmen oder sonst für ihre Zwecke benutzen, unter der Bezeichnung „Luftrecht" zusammen, und beansprucht dafür die Stellung einer neuen selbständigen Disziplin, welche sich unserer Universitas litterarum zwischen Jurisprudenz und Technik einordnet. Das deutsche Luftrecht findet sich zerstreut über BGB. u. GewO., das Bauwesen, den Bergbau, das Verkehrswesen und die öffentliche Gesundheitspflege. Jurisch behandelt die in der GewO. enthaltenen Rechtsvorstellungen in bezug auf Luft. Er hält diese Rechtsvorstellungen für die wichtigsten Bestandteile der GewO., weil die Luft die Grundlage für die Existenz der Menschen bildet. Es handelt sich hier hauptsächlich um die rechtlichen Beziehungen der Menschen untereinander, wenn sie die physikalischen, mechanischen und chemischen Eigenschaften der Luft für gewerbliche Zwecke benutzen. Den größten Raum nehmen diejenigen Rechtsvorstellungen ein, welche sich an die gewerbliche Verunreinigung der Luft durch schädliche Gase, Dämpfe, Dünste, Rauch, Staub und Krankheitskeime knüpfen. Alle hier behandelte Rechtsvorstellungen werden durch technische Tatsachen geschaffen, und müssen sich auch in ihrer Entwickelung naturgemäß an die Entwickelung der Technik anschmiegen. Auf breiterer Grundlage hat Verf. (36) die Nachfolgepflicht der Gesetzgebung und ihre Pflicht der Anpassung an die Bedürfnisse des lebenden Volkes nachgewiesen. Daher hat Verfasser alle luftrechtlichen Vorstellungen der Gewerbeordnung auf ihre technische Zulässigkeit oder Richtigkeit geprüft. Auf demselben Wege ergibt sich auch die Richtung, nach welcher hin unser Gewerberecht weiter zu entwickeln sei. Das ist die Methode der luftrechtlichen Forschung. Bisher wurde unser Gewerberecht ausschließlich nach juristischen Methoden bearbeitet. Daher schwankte seine Entwickelung ziemlich steuerlos hin

und her, weil ihr die sichere technische Grundlage und Richtschnur fehlte. Es haben sich tatsächlich juristische Irrtümer in unser Gewerberecht eingeschlichen, welche den Behörden eine viel größere diskretionäre Gewalt zuteilen, als in der Absicht der Gesetzgeber lag, und als mit den technischen Tatsachen vereinbar ist. Deshalb verfolgt Verf. mit seinem Werke den Zweck: die irrtümlichen Auslegungen und die willkürlichen Anwendungen des Gesetzes zu beseitigen; es in seiner ursprünglichen Reinheit wieder herzustellen, und diejenige Auslegung und Anwendung des Gesetzes anzubahnen, welche mit den technischen Tatsachen dauernd in Übereinstimmung bleibt; — kurz: das Gesetz an die Stelle der Willkür zu setzen, um gleiches Recht für alle zu gewährleisten. — **b)** Matthiaß, DJZ. **05** 431, knüpft an die durch Jurisch hinsichtlich des Luftrechts gegebenen Anregungen an und tritt ihm insbesondere darin entgegen, daß der Grundeigentümer Eigentum an der in der Luftsäule über seinem Grundstück enthaltenen atmosphärischen Luft haben solle. Er meint, das Eigentum erstreckt sich nur auf den Luftraum über der Oberfläche.

2. *Bunsen 419 ff. Zu § 905 wird im Gegensatze zu Planck Anm. 4a ausgeführt, daß im Streitfalle der Eigentümer sein Interesse an dem Verbote zu beweisen, also darzutun habe, daß die Einwickung die gewöhnliche und gebräuchliche Benutzungsgrenze überschreitet; denn die im Gesetze gezogene Schranke bildet eine aus der Materie der Sache folgende, den sozialen Verhältnissen entsprechende regelmäßige Begrenzung der Besitzmachtvollkommenheit des Eigentümers.

II. Aus der Praxis. **RG.** 29. 10. 04, **59** 117 ff., SeuffA. **60** 361 ff. Die Einschränkung des Eigentums in Satz 2 enthält eine Ausnahmevorschrift gegenüber der im Satz 1 aufgestellten Regel der unbeschränkten Verfügungsbefugnis. Wer die Ausnahme für sich in Anspruch nimmt, hat sie zu beweisen (120). Jedes Interesse des Grundeigentümers, das sich als ein solches erkennen läßt, ist zu berücksichtigen (118). Im übrigen werden die Gründe des Berufungsgerichts Hamburg (JDR. **3** zu § 905) gebilligt.

§§ 906 ff. OLG. **10** 409 (Hamburg). Die die Verhältnisse der Nachbargrundstücke regelnden §§ 906 ff. geben dem Eigentümer nur das Recht, gewisse Einwirkungen auf sein Grundstück zu verbieten und die Beseitigung von schädigenden Anlagen auf dem Nachbargrundstücke zu verlangen, ein Schadensersatzanspruch kann nur auf eine widerrechtliche Handlungsweise des Nachbarn gegründet werden.

§ 906. I. 1. *Bunsen, Bernhöft u. Binders Beitr. Heft 6 419 ff. Zu § 906 wird im Gegensatze zu Planck Bem. 5 und Biermann Bem. Abs. 3 ausgeführt, daß im Streitfalle der Verbietende zu beweisen habe, daß durch die Zuführung von Imponderabilien eine wesentliche Beeinträchtigung seines Grundstücks, welche nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage ungewöhnlich ist, vorliegt, oder daß die Zuführung durch eine besondere Leitung erfolgt; denn es schließe das Gesetz hier den Regelfall des Verbietungsrechts aus, gewähre also den Anspruch nur in den Ausnahmefällen; wer aber den Ausnahmefall für sich geltend mache, müsse dessen Vorhandensein beweisen.

2. Ortloff, ABürgR. **26** 333. Der sich für beeinträchtigt haltende Nachbar hat, erst wenn sein an den anderen gerichtetes Verbot wirkungslos blieb, als Kläger und Beweisführer für die Behauptung der beeinträchtigenden Tatsachen und ihrer Wirkungen aufzutreten, während dem sie bestreitenden Gegner der Beweis der Zulässigkeit der Einwirkungen, des Nichtvorhandenseins oder der Unwesentlich- oder Unerheblichkeit der Wirkung der angeblich beeinträchtigenden Tatsachen für die Benutzung des Nachbargrundstücks und andererseits der Beweis der Gewöhnlichkeit der mit der belästigenden Einwirkung bewirkten Benutzung des eigenen Grundstücks nach den örtlichen Verhältnissen obliegt.

II. Aus der Praxis. 1. **RG.** R. **05** 194. Das Gericht hat die Frage, ob und inwieweit übermäßige Lärmeinwirkung vorliegt, selbständig zu prüfen und ist in dieser Hinsicht nicht an etwaige darüber erlassene polizeiliche Anordnungen gebunden.

2. Ortsüblichkeit (vgl. JDR. **3** Ziff. II 4). **RG.** 28. 6. 05, JW. **05** 495. Der Begriff der Ortsüblichkeit ist wesentlich tatsächlicher Natur. Der Grundsatz der Prävention gilt bei der Kollision der Rechte benachbarter Eigentümer nicht (JDR. **3** Ziff. II 2).

3. Störung durch Bordellbetrieb (JDR. **3** Ziff. 6). **a)** OLG. Celle, 27. 5. 03, SeuffA. **60** 18. Klage auch dann gegeben, wenn die Polizei die Prostitution auf die fragliche Straße konsigniert hat, denn gerade infolgedessen sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen (20). Vgl. auch **RG.** 26. 10. 04, PuceltsZ. **05** 12 ff., SeuffA. **60** 69. — **b)** Über die Voraussetzungen der Anwendung des § 906 auch **RG.** 1. 4. 05, BadRpr. **05** 198. — **c)** **RG.** 9. 4. 04, JDR. **3** Ziff. 6 jetzt auch RheinA. **101** II 15 ff.

4. Beeinträchtigung durch Funkenfall (JDR. **3** Ziff. 5). Die dort angef. Entsch. **RG.** JW. **04** 360 findet sich jetzt auch EisenbE. **21** 76. — **a)** **RG.** **58** 130 ff., EisenbE. **21** 153. Ist dem Grundeigentümer im Einzelfalle das so wesentliche Recht, Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren, entzogen, so muß ihm Ersatz durch Gewährung der durch Verschuldensnachweis nicht bedingten Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens gegeben werden. Daher kann der Anlieger einer Kleinbahn bei einem durch Lokomotivfunken verursachten Brande von dem Unternehmer auch ohne den Nachweis eines Verschuldens Schadensersatz verlangen. — **b)** Gegen letztere Enscheidung des RG. wendet sich Fuld, Schadensersatzpflicht ohne Verschulden, PuceltsZ. **05** 616 ff., weil die Rechtsprechung hiermit die Schranken überschritten habe, welche ihr gezogen sind, denn der vom RG. aufgestellte Satz enthalte nicht nur eine Erweiterung, sondern eine Änderung des BGB. Auch stoße die Anerkennung der allgemeinen Geltung dieses Satzes auf erhebliche Bedenken. Vgl. auch o. Ziff. 1aα zu § 249. — **c)** Dagegen trägt OLG. Oldenburg, OldenbZ. **05** 97 ff., kein Bedenken für Fälle, in denen ein Grundeigentümer dadurch belästigt und geschädigt wird, daß an seinen Besitzungen eine staatsseitig hergestellte Eisenbahn vorüberfährt, einen allgemeinen Schadensersatz gewährenden Rechtsgrundsatz anzunehmen, wenngleich dies nur im Wege einer sinngemäßen Ausdehnung der Bestimmungen des BGB. geschehen könne. Der vom **RG.** **58** 133 angenommene Grundsatz sei auch auf Fälle mittelbarer Benachteiligungen zu erstrecken.

5. **RG.** **59** 327. Die Eigentumsfreiheitsklage, mit der die Unterlassung schädlicher Immissionen (§ 906) oder die Beseitigung schädigender Anlagen verlangt wird, steht dem Mieter nicht zu.

§ 907. 1. Ortloff führt ABürgR. **26** 342 mit Bezug auf § 907 aus, daß die Baupolizeibehörden alle Ursache haben, diese Vorschrift bei der Prüfung und Genehmigung von derartigen Anlagen genau rücksichtlich der Rechtsfolgen zu beachten, um sich nicht einem Regreßanspruche des etwa im Prozesse zur Beseitigung Verurteilten, der die Genehmigung seiner Anlage trotz vorausgegangenen Protestes einer oder mehrerer Nachbarn erhalten hatte, auszusetzen, gegen den auch die Behördeneigenschaft nicht zu schützen vermöge.

2. **a)** **RG.** 9. 2. 05, **60** 138 ff., SeuffA. **61** 98 ff. In der Aufschüttung von Schlamm- und Sandmassen ist eine Anlage im Sinne des § 907 zu erblicken. — **b)** BayObLG. R. **05** 432: Nicht jede Änderung des natürlichen Wasserlaufs ist verboten, sondern nur die unter § 907 fallende. Es genügt, daß infolge der Anlage eine solche Einwirkung mit Sicherheit vorauszusehen ist.

§ 908. Ortloff, ABürgR. **26** 347. Der Zusatz zu dem Gebäude oder anderen Werk, „das mit einem Nachbargrundstücke verbunden ist", kann nicht dahin verstanden werden, daß eine Überragung über die Grenze oder ein Aufliegen des Werkes auf einer dem Nachbarn gehörigen Mauer vorliegen müsse, sondern bedeutet nur, daß das Werk mindestens, wenn auch nicht unmittelbar, so doch in einer gefahrdrohenden Weise an der Nachbargrenze stehe, so daß ein Einsturz oder eine Ablösung von Teilen des Werkes eine Beschädigung des Nachbargrundstücks herbeizuführen geeignet erscheint, wobei es gleichgültig ist, was die Gefährdung verursacht hat.

§ 909. a) OLG. Köln 14. 12. 04, PuchelsZ. **05** 359, RheinA. **101** I 84. Der dingliche Anspruch aus § 909 gibt nicht nur das Recht auf Beseitigung der Vertiefung, sondern auch ein Recht auf Vorkehrungen zur Beseitigung der durch die Vertiefung der Nachbargrundstücke drohenden Gefahr. Dieser Anspruch setzt ein Verschulden nicht voraus, wohl aber der persönl. auf § 823 Abs. 2 gegründete. Vgl. JDR. **3** Ziff. 2. — **b)** KG., DJZ. **05** 604. Bei der Vornahme von Um- und Neubauten hat der Bauende zum Schutz des Bestehenden alles Notwendige zu tun; er ist aber nicht ohne weiteres schon für den bloßen schädlichen Erfolg verantwortlich. Die Verletzung der Schutzpflicht aus § 909 begründet im Schadensfalle für den Bauenden die Verpflichtung zur Führung des Entlastungsbeweises. — **c)** OldZ. **32** 83 ff. (Oldenburg). Nimmt ein Grundnachbar Ausschachtungen auf seinem Grundstücke vor, ohne die erforderlichen Sicherungsmaßregeln trotz der Erkenntnis ihrer Erforderlichkeit zu treffen, so liegt hierin ein Verschulden.

§ 912. OLG. **10** 108 (Celle). § 912 ist anwendbar, wenn die Nachbargrundstücke vor 1900 zu einer Zeit, als sie demselben Eigentümer gehörten, bebaut und nach 1900 einzeln von verschiedenen Eigentümern erstanden sind.

§ 917. I. *Rüdenberg, Notwegrecht. a) Es kommt nicht darauf an, ob die Verbindung dauernd oder nur kurze Zeit fehlt, insbesondere nicht darauf, ob die den Notweg erheischende Benutzung eine ihrer Natur nach vorübergehende ist (21). Das Fehlen der Verbindung kann durch eine tatsächlich vorhandene ausreichende Verbindung ohne Berücksichtigung ihrer rechtlichen Grundlage gehoben sein (22 f.) — b) Ordnungsmäßig ist eine Benutzung, die nach ihrer Art der Natur (d. h. Bodenbeschaffenheit, Größe und klimatische Lage) und der Umgebung des Grundstücks angemessen ist, sowie deren Ausübungsweise dem allgemeinen Gebrauch und anderen Gesichtspunkten entspricht (15—18). Nicht nur die Verbindung, sondern auch der öffentliche Weg, zu dem sie führt, muß den Anforderungen der ordnungsmäßigen Benutzung genügen (20). — c) Ein Leinpfad kann nicht Verbindungsziel, wohl aber Verbindung sein (13). Die Verbindung kann auch unterirdisch hergestellt werden (14). — d) Das Notwegrecht gehört zum „Inhalt des Eigentums" am Grundstück des Berechtigten. Nachdem Richtung des Notwegs und Umfang des Benutzungsrechts bestimmt sind, entspricht es einer gesetzlichen Wegedienstbarkeit, ist aber keine solche. Vorher entspricht es einem gesetzlichen Kannrecht (68—79, 37—39). Aus jeder anderen Auffassung ergeben sich unhaltbare praktische Folgen (37—68). Weil das Notwegrecht zum „Inhalt des Eigentums" gehört, ist Verzicht darauf möglich (bestritten) und nach § 1018 BGB. als Grunddienstbarkeit zu begründen (92). Da es aus demselben Grunde vom Inkrafttreten des BGB. an gemäß Art. 181 EG. nach neuem Rechte zu beurteilen ist, so ist auch eine Bestimmung der Richtung des Notwegs und des Umfangs des Benutzungsrechts, welche vor dem Inkrafttreten des BGB. nach dem damals geltenden Rechte durch Ersitzung vollzogen war, mit dem 1. 1. 00 hinfällig geworden (134 f.) — e) Richtung des Notwegs und Umfang des Benutzungsrechts können nicht nur durch Vertrag oder Urteil, sondern auch durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung

des Berechtigten bestimmt werden (mit Fuchs gegen die herrschende Lehre); eingehende Begründung: 95—100. Durch Ersitzung ist dies nicht möglich (109). Die Klage braucht keine Angaben in bezug auf eine bestimmte Richtung des Notwegs oder einen bestimmten Umfang des Benutzungsrechts zu enthalten (mit Kober gegen Neumann); Begründung: 105 f. — f) Das Urteil ist konstitutiv (mit Cosack und Hellwig gegen die herrschende Lehre); Begründung: 107 bis 109. — g) Das Notwegrecht nach Bestimmung des Notwegs erhält Besitzschutz analog § 1029 BGB. (gegen die herrschende Lehre); die Behauptung vieler Gegner, nur eingetragenen Grunddienstbarkeiten stehe Besitzschutz zu, ist gemäß Art. 191 Abs. 1 und 2 EGBGB. unrichtig (111—114). — h) Dem Nießbraucher am zugangsbedürftigen Grundstück steht das Notwegrecht grundsätzlich zu; jedoch kann er Richtung des Notwegs und Umfang des Benutzungsrechts nicht bestimmen (81 f.). Der Berechtigte braucht bei seiner Wahl unter mehreren Nachbarn nur das Schikaneverbot zu beachten (bestritten): Begründung: 121—123. — i) Festungsanlagen und der dem Eisenbahnbetrieb dienende Boden können nicht mit einem Notweg belastet werden (83). Zur Befriedigung des Notwegrechts kann die Benutzung von zwei Wegen über das Nachbargrundstück erforderlich sein (87 f.). Soweit der Maßstab der Erforderlichkeit schweigt, ist das Interesse des Nachbargrundstücks maßgebend; der Eigentümer des Nachbargrundstücks hat u. a. ein Verlegungsrecht analog dem § 1023 BGB. (88—91).

II. Aus der Praxis. 1. OLG. Zweibrücken, PuceltsZ. **05** 152. Der Eigentumsfreiheitsklage gegenüber kann der Beklagte einredeweise geltend machen, daß ihm ein Notwegrecht zusteht, er braucht sich nicht zuvor zur Zahlung der nach § 917 Abs. 2 geschuldeten Geldrente zu erbieten. — Die Benutzung eines bisher anderen Zwecken dienenden Grundstücks als Steinbruch ist eine ordnungsmäßige im Sinne von § 917. Das Notwegrecht besteht selbst dann, wenn der eingeschlossene Grundeigentümer sich über die Grundstücke dritter Personen einen Weg zu einem Grundstück anlegen könnte.

2. **a)** OLG. Colmar, ElsLothZ. **05** 175. Es gibt keinen Besitzschutz für das Notwegrecht als solches, wohl aber für die Ausübung desselben, die als Ausfluß des Eigentumsrechts an dem eingeschlossenen Grundstück anzusehen ist. — **b)** OLG. Köln, PuceltsZ. **05** 63 ff., RheinA. **101** I 19. Der Notwegverpflichtete kann bei wesentlicher Änderung der bisherigen Verhältnisse auch eine Änderung der rechtsgeschäftlich oder richterlich festgelegten Richtung und Benutzungsart des Notwegs fordern.

§ 918. 1. *Rübenberg, Notwegrecht. a) Ordnungsmäßige Benutzung eines Grundstücks und willkürliche Handlung des Eigentümers sind teilweise Korrelate (5 f.). Willkürlich ist eine Handlung des Eigentümers dann nicht, wenn er zu ihrer Vornahme von der Rechtsordnung oder unter gewissen Umständen von dritten Personen bestimmt wird, oder er sie kraft eines öffentlichen oder privaten Rechtes vornimmt, insbesondere kraft des Rechtes zur ordnungsmäßigen Benutzung seines Grundstücks. Kraft dieses Rechtes darf er unter den etwaigen verschiedenen ordnungsmäßigen Benutzungsarten und deren Ausübungsweisen frei wählen, lediglich eingeschränkt durch das Schikaneverbot (28—33). b) Das pflichtwidrige Unterlassen ist dem Handeln gleich zu achten (26). — Abs. 2 bezieht sich nicht nur auf die Verhältnisse unmittelbar nach der Veräußerung des Grundstücksteils. Auch die künftigen Eigentümer der beiden Grundstücke sind gebunden. Die Vorschrift ist nicht analog anzuwenden, wenn das Grundstück in mehr als zwei Parzellen geteilt wird und eine von ihnen durch alle übrigen von der Verbindung mit einem öffentlichen Wege abgeschnitten wird (130 f.).

2. *Weyl, Verschuldensbegriffe 410. Der Ausdruck willkürliche Handlung

ist lediglich im objektiven Sinne auszulegen, nicht stellt er einen Fall des Vorsatzes dar.

§ 920. Schumacher, ZBergr. **44** 203 ff., führt im Hinblick auf die Grenzklage des BGB. aus: § 920 auch anwendbar zur Herstellung der durch den Bergbau verschobenen Grenzen (215). Die Grenzklage will jeden bezüglich der Begrenzung von Grundstücken bestehenden Streit schlichten, ist also auch dann zulässig, wenn die Grenzzeichen und Grenzanlagen noch vorhanden sind, aber infolge einer Bodenverschiebung nicht mehr an der Stelle stehen, wo sie sich vor der Verschiebung befanden. Sie ist daher auch dann zulässig, wenn durch Bodensenkungen die Erdmassen und die von der Erdmasse getragenen Grenzzeichen eine Verschiebung erlitten haben. Die Grenzklage ist auch dann gegeben, wenn irgendein Ereignis auf einer größeren Fläche die Verschiebung und damit die Verwirrung der Grenzen vieler Grundstücke verursacht (216). Über die besondere Art der Verwendung der Klage in diesem Falle a. a. O. 217. Über die Ermittelung der Grenze 218—220.

§ 921. *Geiershöfer, R. **05** 401 ff. Grenzmauerverträge, wonach erstbauender Nachbar die Mauer zu gleichen Teilen diesseits und jenseits der Grenze errichten soll, wogegen der später anbauende Nachbar die Hälfte der Errichtungskosten bei Anbau erstatten soll, sind zwar in der Regel auch für die beiderseitigen Spezialnachfolger in den Nachbargrundstücken als wirksam, somit als dinglich, von den Kontrahenten gewollt; für diesen Willen spricht die Vermutung; sachenrechtlich zulässig sind sie jedoch nur als Grunddienstbarkeitenbestellung, wobei in der Benutzung der auf der gegnerischen Seite befindlichen Grenzmauerhälfte die Grunddienstbarkeit zu erblicken ist; diese Dienstbarkeit kann dinglich von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden, welche der zuletzt bauende zu entrichten hat. Eine Grunddienstbarkeit liegt aber nur dann vor, wenn und insoweit der Nachbar die Mauer über seine Grenze hinaus durch Balken 2c. in Benutzung nimmt. Andernfalls bleibt er in seiner eigenen Eigentumssphäre. Soweit die Verträge des gewollten dinglichen Charakters entbehren, sind sie doch — falls das Gegenteil nicht vereinbart ist — obligatorisch zwischen den ersten beiden Kontrahenten verbindlich.

Zweiter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an Grundstücken.

§ 925. 1. Begriff und Voraussetzungen der Auflassung im allgemeinen. **a)** Endemann (8/9) II 496 Anm. 6. Aus der vollzogenen Auflassung entsteht sowohl ein dinglicher Bewirkungsanspruch als auch ein gesichertes dingliches Wartrecht zugunsten des Erwerbers. Dagegen Crome III 307 Anm. 39, welcher auf die dingliche Gebundenheit der Beteiligten (§ 873 Abs. 2) hinweist. — **b)** **RG.** JW. **05** 290. Zum Begriffe der Auflassung gehören nicht auch die nach der Einigung (Auflassung im Sinne des Gesetzes) zur Herbeiführung der Eintragung erforderlichen Maßnahmen und die Eintragung selbst. — **c)** ZBlFG. **6** 20 (Dresden). Gleichzeitige Anwesenheit beider Teile ist nur vorhanden, wenn bei der maßgebenden Verhandlung jeder Teil vollständig vertreten ist. Die bloße Protokollsgenehmigung des Erwerbers ersetzt nicht die Annahme der vom Veräußerer erklärten Auflassung. — **d)** WürttZ. **47** 37, DJZ. **05** 511 (Stuttgart). Haben die Beteiligten die Auflassung nicht vor dem Grundbuchbeamten, sondern vor dessen Gehilfen (§ 9 Abs. 2 WürttJMVf. v. 2. 9. 1899) erklärt, so ist die Auflassung überhaupt nicht vor dem GBA. erklärt und deshalb nichtig. Dazu **RG.** WürttZ. **47** 270. Es muß aber genügen, wenn in Anwesenheit des Urkundsbeamten die Beteiligten, welche ihre Erklärung vor dem Gehilfen des Urkundsbeamten abgegeben haben, die von diesem protokollierten Erklärungen, nachdem sie ihnen vorgelesen sind, genehmigen und das Protokoll

unterschreiben. — **e)** KGJ. **29** A 119, OLG. **10** 404 (KG.). Wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, kann in allen Fällen, in denen zur Übereignung eines gebuchten Grundstücks Auflassung und Eintragung erforderlich sein würden, auch die Übereignung ungebuchter Grundstücke auf andere Weise nicht stattfinden. — **f)** Über die Frage, ob der bestellte Vertreter eines Rechtsanwalts als ermächtigt gilt, in dieser Eigenschaft Auflassungen zu erteilen und entgegenzunehmen, vgl. PosMSchr. **05** 139, wo die Frage bejaht wird.

2. Aufhebung einer Gemeinschaft. — **a)** Dernburg, BayRpflZ. **05** 33, billigt die Entsch. OLG. **9** 306 (Colmar) — JDR. **3** Ziff. 2 Ab zu § 925 —, wonach es zur Umwandlung der Erbengemeinschaft in Sondereigentum der Erben keiner Auflassung bedarf. Dagegen Teutsch a. a. O. 152. — **b)** LG. Cassel, ZBlFG. **6** 373. Zur Übertragung des Grundeigentums einer Erbengemeinschaft auf die Handelsgesellschaft, die von den Miterben der Gemeinschaft gebildet wird, bedarf es nicht der Auflassung, da es sich in beiden Fällen um eine Gemeinschaft zur gesamten Hand handelt. Vgl. ZBlFG. **1** 218 und DNotV. **01** 505. — **c)** **RG.** RJA. **6** 135. Wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers erkennbar ist, ist auch ein Miterbe, wenn er zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, befugt, die den einzelnen Beteiligten (also auch ihm selbst) an dem Grundstücke gebührenden Bruchteile aufzulassen. Vgl. RJA. **3** 44, 101, 167 (KG.), RJA. **4** 437 (Colmar).

3. Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft, und umgekehrt. — **a)** Die Entscheidung des KGJ. **28** A 251 — JDR. **3** Ziff. 2 Bc — auch OLG. **10** 407. — **b)** PosMSchr. **05** 101 (KG.). Sowohl, wenn Miteigentümer eines Grundstücks nach Bruchteilen das Grundstück in eine von ihnen gebildete o. HG. einbringen, wie umgekehrt, wenn ein der Gesellschaft gehöriges Grundstück Miteigentum der Gesellschafter nach Bruchteilen wird, findet eine freiwillige Veräußerung statt, und es bedarf daher zur Eigentumsübertragung der Auflassung. (Wie KGJ. **11** 124, **17** 44, **24** A 110, **RG.** **56** 96, 206, 431, **57** 433.) An jener Sachlage ändert sich durch die bloße Auflösung der Gesellschaft nichts. Das Gesellschaftsvermögen behält seine Selbständigkeit, bis es im Wege der Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern eine anderweite Bestimmung erhält. — **c)** BayObLG., BayRpflZ. **05** 83. Zur Übereignung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücks an einen Gesellschafter bedarf es der Auflassung. — **d)** BayObLG., SeuffBl. **05** 437, DJZ. **05** 78. Der gerichtliche Vergleich zwischen den zwei Gesellschaftern einer o. HG., in welchem bestimmt ist, daß der eine Gesellschafter aus dem Geschäft ausscheide und der andere das Geschäft unter der bisherigen Firma weiter führe und auf ihn alle Aktiven und Passiven übergehen, ersetzt zwar in Ansehung der zum Vermögen der o. HG. gehörenden Grundstücke die nach § 313 BGB. erforderliche Beurkundung des den Rechtsgrund der Eigentumsübertragung bildenden Vertrags; die in den Vergleich aufgenommene Einigung der Parteien ersetzt aber nicht die zur Eigentumsübertragung nach § 925 erforderliche Auflassung. — **e)** ElsLothNotZ. **25** 212 (Colmar). Wenn nach Auflösung einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden o. HG. infolge freiwilligen Ausscheidens eines Gesellschafters das gesamte Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven an den anderen Gesellschafter übertragen wird, so ist zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken die Auflassung erforderlich. — **f)** R. **05** 225 (Dresden). Bei der Umwandlung einer o. HG. in eine Gesellschaft m. b. H. bedarf es zur Umschreibung der Gesellschaftsgrundstücke auf die neue Gesellschaft der Auflassung. — **g)** BadNotZ. 3 104 (Bergwerkgrundbuchamt Mosbach). Zulässig ist die Auflassung an eine gegründete, aber noch nicht in das Handelsregister eingetragene Aktiengesell=

schaft, doch muß die Auflassung von den Gründern oder demjenigen Vertreter der Aktiengesellschaft entgegengenommen werden, der nach der Eintragung zum Handelsregister auch als Vertreter der rechtsfähig gewordenen Gesellschaft zur Eintragung kommt.

4. OLG. **10** 406 (KG.). Auflassungserklärungen eines Vereins müssen (als mündliche Erklärungen) auch dann durch den ganzen Vorstand erfolgen, wenn nach den Satzungen Urkunden schon bei Unterzeichnung durch den Vorsitzenden rechtsverbindlich sind.

5. OLG. München, SeuffBl. **05** 700. Vereinigen sich (in Bayern) mehrere politische Gemeinden zu einer Gemeinde mit Vereinigung des beiderseitigen Vermögens, so bedarf es zur Umschreibung des Eigentums an den dazu gehörigen Grundstücken nicht der Auflassung.

6. Über die Frage, ob eine in ehelicher Gütergemeinschaft lebende Frau ein Grundstück ohne Zustimmung ihres Mannes erwerben kann, s. KG., PosMSchr. **05** 89, DNotV. **05** 418, KGJ. **30** A 207 u. zu § 1438 Ziff. 2.

7. KGJ. **29** A 141 (KG.). Zum Erwerb eines Grundstücks im Werte von mehr als 5000 M. bedarf in Preußen eine Kirchengemeinde der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde, auch wenn der Erwerb durch Zuwendung von Todes wegen erfolgt und die Zuwendung, weil ihr Gegenstandswert 5000 M. nicht übersteigt, ohne landesherrliche Genehmigung wirksam ist (EGBGB. Artt. 3, 86, PrAGBGB Artt. 6, 7).

8. Über das Versagen der Immobiliarklausel (§ 49 Abs. 2 HGB.), wenn einem Gesellschafter oder Vorstandsmitgliede die Vertretungsbefugnis nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zusteht, s. Meyer, SeuffBl. **05** 386 und über die Verneinung der Frage, ob ein Prokurist bei dem Erwerbe eines Grundstücks ohne besondere Vollmacht eine Grunddienstbarkeit bestellen kann, s. KGJ. **29** A 240, OLG. **11** 20, RJA. **5** 273, DJZ. **05** 818 und JDR. **4** (vgl. 2 zu Abs. 2 Ziff. 3) zu § 49 HGB.

§ 927. Schwiete, R. **05** 278. Das Aufgebotsverfahren kann, wenn mehrere Personen, etwa zwei Eheleute, im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sind und einer dieser Eingetragenen tot ist und mehr als 30 Jahre seit der letzten Eintragung verflossen sind, hinsichtlich des Anteils des Verstorbenen beantragt werden, sofern der Anteil des Verstorbenen grundbuchmäßig feststeht.

Dritter Titel. Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen.

Vorbemerkung: Die Judikatur hat zum dritten Titel Erhebliches nicht gezeitigt, dagegen war eine Reihe beachtenswerter Selbstberichte aufzunehmen. Vor allem hat der von Gareis referierte Fall, daß ein Herr in einem Wirtshause für seine Begleiterin Austern bestellt und diese in den Austern eine kostbare Perle entdeckt, zu den verschiedensten Auslassungen darüber Veranlassung gegeben, wer an der Perle Rechte geltend machen kann (s. u. zu § 953 und §§ 965 ff. Ziff. 3). — Was die Lehre vom Fund betrifft, so ist — von wenigen neuen Einzelheiten abgesehen — im wesentlichen auf das reichhaltige im vorigen Berichtsjahre zusammengetragene Material zu verweisen.

I. Übertragung.

Literatur: Katzenstein, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, GruchotsBeitr. **49** 323—340. — Kriegsmann, Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung nach dem BGB. Berlin 1905. — Ruppel, Die Übertragung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen bei Besitz eines Dritten nach dem BGB. (Diss.) Glauchau 1905. — Alfred Schultze, Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrechte, IheringsJ. **49** 159—186. — Stöver, Ist die Einigung im Sachenrecht des BGB. ein Rechtsgeschäft? ABürgR. **26** 149—194.

§§ 929 ff. *J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 380 ff. Die zivilrechtlichen Grundsätze entscheiden darüber, ob Eigentum vorliegt, auch auf dem Gebiete des Strafrechts. Dies ist besonders wichtig für die Frage nach dem Rechtsträger der gesamten Hand.

§ 929. I. 1. Einigung und Übergabe (JDR. **3** Ziff. 1 u. 2). Stöver, ABürgR. **26** 170 ff. Die Übergabe ist für den Eigentumsübergang ein selbständiges, der Einigung gleichwertiges Erfordernis, sie ist von gleicher Art wie diese; beide, Einigung und Übergabe, bilden einen einheitlichen Tatbestand. Angesichts dessen ist die Ansicht, welche das Einigsein des Eigentümers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang für das sachenrechtliche Geschäft, für den dinglichen Vertrag erklärt, wohl unhaltbar. Den sachenrechtlichen Vertrag machen Übergabe und Inhalt zusammen aus. Die Einigung für sich genommen ist nur ein wesentlicher Teil des Rechtsakts. Ist die Einigung vor Übergabe der Sache erfolgt, so erzeugt sie keinen klagbaren Anspruch auf Übergabe für den Erwerber. (AM. Endemann, BGB. III 81.) Der Einigung ist vor der Übergabe die Rechtserheblichkeit für die dingliche Rechtsänderung überhaupt abzusprechen.

2. **a)** Nach Gierke, DJZ. **05** 396, erlangt der zu einem Essen Geladene im Momente, wo er die vom Gastgeber zu geschenkweiser Übereignung angebotenen Speisen an sich nimmt, die tatsächliche Gewalt über dieselben, erwirbt also den Besitz und nach § 929 Abs. 1 Eigentum. — **b)** Polenske, DJZ. **05** 742, nimmt für Fälle dieser Art ein Besitzdienerverhältnis an. Der Gast verfügt über die Speisen nach den Weisungen des Gastgebers und übt die tatsächliche Gewalt nur für diesen aus. Mangels besonders zum Ausdrucke gelangten Übereignungs- und Eigentumserwerbswillens erlangt der Gast überhaupt kein Eigentum an den Speisen. Der Gastgeber verliert sein Recht daran erst, wenn sie durch Verzehren untergegangen sind.

II. Aus der Praxis. 1. OLG. Zweibrücken, PucheltsZ. **05** 541. Die Erklärung des Käufers, daß er die Ware annehme, um Eigentum daran zu erwerben, kann auch durch die Genehmigung der Ware oder die Versäumung der Mängelrüge geschehen, endlich auch aus einer eigentumsmäßigen Verfügung des Käufers gefolgert werden.

2. **a)** **RMG. 7** 64 ff. Kein Eigentumserwerb, weil bei Übergabe der Gelder auf seiten des Hingebenden der Wille vorhanden war, daß dieser das Geld an den Auftraggeber abliefern sollte. — **b)** OLG. Hamburg 9. 1. 04, SeuffA. **60** 229. Auch nach dem Rechte des BGB. ist die Möglichkeit eines Eigentumserwerbes durch sog. „stille Stellvertretung“ anzuerkennen, vorausgesetzt nur, daß der Übertragungswille des Tradenten wirklich nicht auf Übertragung des Eigentums an eine bestimmte Person gerichtet ist. — **c)** KG., KGBl. **05** 63. Eine den Eigentumsübergang vermittelnde Übergabe liegt vor, wenn der Gerichtsvollzieher die gepfändeten, im Gewahrsame des Schuldners verbliebenen Sachen gemäß § 825 ZPO. verkauft und der Erwerber sofort mit dem Schuldner einen Mietvertrag abschließt.

3. Satz 2. LG. I Berlin, KGBl. **05** 82. Die brevi manu traditio ist zur Übertragung des Eigentums nur ausreichend, wenn die Sache sich im unmittelbaren Besitze des Erwerbers befindet.

§ 930. 1. *Kriegsmann 64 ff. Der dingliche Vertrag wird als abstrakter behandelt. Daher bedarf es nicht des Nachweises der causa für denjenigen des Eigentumsüberganges; freilich wird bei der Fahrnisübereignung häufig der Übertragungswille als tauglicher Handlungswille aus dem Zweckwillen erschlossen werden müssen. — Die fiduziarische Übereignung ist zu allen Zwecken zulässig, insbesondere zum Zwecke der Sicherung. Die Gültigkeit der fiduziarischen Fahrnisübereignung zu Sicherungszwecken wird durch die Vornahme eines constitutum

possessorium nicht beeinträchtigt. Die Wirkung der fiduziarischen Übereignung wird durch den Zweck der fiducia nicht berührt, insbesondere hat der Veräußerer kein Aussonderungsrecht im Konkurse des fiduziarischen Erwerbers. — Trotz unsittlicher Zwecksatzung ist die Eigentumsübertragung nicht nichtig (§ 817 BGB.). — Dissens über die causa bei gegebener dinglicher Einigung alteriert den Eigentumsübergang nicht; doch bleibt zu prüfen, ob dieser Dissens nicht im Einzelfalle die dingliche Einigung ausschließt, vor allem, wenn Übereignungs- und Kausalgeschäftsofferte verbunden gestellt, aber nur die erstere unter Ablehnung der letzteren akzeptiert ist. — Der Erwerber wird durch die Eigentumsübertragung Eigentümer, auch wenn er die Ermangelung der causa kennt. — Dasselbe gilt, wenn sich der Zweck der Eigentumsübertragung nicht verwirklicht. Bei der causa solvendi wirken Mängel des Verpflichtungsgeschäfts auf die Eigentumsübertragung nicht zurück, ist jene wegen Drohung, Betrugs anfechtbar oder nichtig, so hat das für letztere nur Bedeutung, wenn jene Mängel auch bei dem dinglichen Vertrage vorliegen. — Die abstrakte Regelung der Grundstücksübereignung ist zwingender, die der Fahrnisübereignung dispositiver Natur; es bedarf hier vertragsmäßiger Feststellung, daß der Eigentumsübergang von der causa abhängen solle. Bedingungen des kausalen Verpflichtungsgeschäfts werden häufig, und zwar auch stillschweigend, auf die Eigentumsübertragung übertragen, und wirken dann mittelbare Abhängigkeit dieser von ihrer causa. — Die abstrakte Regelung steht im Gegensatze zu aller psychologischen Erfahrung, widerspricht dem Bewußtsein der Parteien und führt zu ungerechten Resultaten. Sie ist des weiteren überflüssig, da für die Erleichterung des Beweises durch die Vermutungen der §§ 891, 1006 BGB., für den Schutz dritter Erwerber durch den Schutz des guten Glaubens hinlänglich gesorgt ist. Durchführbar ist sie nur bei der Grundstücksübereignung, während die Fahrnisübereignung infolge der dispositiven Natur des abstrakten Prinzips praktisch regelmäßig kausalen Charakter tragen wird.

2. Sicherungskauf (vgl. o. zu 1 u. auch § 398 Ziff. 3). *Katzenstein, GruchotsBeitr. **49** 323 ff., unterzieht die bisherige Rechtsprechung des RG. über den Sicherungskauf einer kritischen Betrachtung, und kommt zu dem Ergebnisse, daß das RG. zu Unrecht lediglich die Scheinnatur des Kaufgeschäfts untersucht, während es doch gerade auf die weitere Frage ankommt, ob die ernstliche Übereignung vor dem geltenden Rechte bestehen kann. Wenn diese auch an sich als Sicherungsmittel einwandsfrei ist, so geschieht sie doch in fraudem legis bei der zumeist gewählten Form des constitutum possessorium. Denn die §§ 1205, 1206 BGB., welche diese Form für das Pfandrecht verbieten, wollen nicht nur ein bestimmtes einzelnes Rechtsverhältnis regeln, sondern sie verfolgen einen wirtschaftlichen Zweck. Das Gesetz will nicht, daß ein Schuldner, der einem Gläubiger zur Sicherung wegen einer Forderung ein dingliches Recht an einer Sache einräumt, im Besitze dieser Sache verbleibt. Die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium bildet daher immer eine Gesetzesumgehung und ist infolgedessen nichtig.

3. **a)** (S. o. Ziff. 1 zu § 117.) **RG.** VII 8. 11. 04, **59** 146 ff., JW. **05** 48. Sicherstellung einer Forderung durch Übertragung des Eigentums an Sachen ist rechtlich möglich. (Ebenso **RG.** **57** 175.) — Auch der pfandrechtliche Zweck, welcher der ernstlich gemeinten Eigentumsübertragung zugrunde liegt, steht der Gültigkeit eines solchen Geschäfts nicht entgegen (148). — **b)** **RG.** 16. 9. 04, SächsA. **15** 68 ff. Entsprechend der ständigen Praxis kann Sicherstellung auch einer fortbestehenden Forderung durch Übertragung des Eigentums an Sachen geschehen.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 123. Der seine Mobilien an seine Frau veräußernde in Gütergemeinschaft lebende Ehemann kann, wenn die Mobilien in

seiner ehemännlichen Verwaltung bleiben, die Übergabe des Besitzes nicht durch einen mit seiner Frau abgeschlossenen Leihvertrag vollziehen.

§ 931. I. *Ruppel 19 ff. 1. a) Herausgabe bedeutet ganz allgemein Besitzeinräumung an einer individuellen Sache. Unterbegriffe sind Übergabe, deren Zweck Rechtsübertragung ist, und Zurückgabe, der eine Überlassung vorausgegangen ist (einzige Ausnahme § 848 BGB.). Wo diese besonderen Fälle nicht vorliegen, spricht das Gesetz auch bei dem einzelnen Anspruch von Herausgabe, so insbesondere beim Eigentumsanspruche des § 985. Die Zurückgabeansprüche sind stets schuldrechtlicher Natur und begründen für den Berechtigten mittelbaren Sachbesitz gemäß § 868. — b) Hier können solche Ansprüche nicht in Betracht kommen, die begrifflich dem Eigentümer nicht zustehen können, insbesondere nicht die Übergabeansprüche. Im Einzelfalle hat der Veräußerer entweder nur den Eigentumsanspruch, vielleicht verbunden mit anderen Herausgabeansprüchen im engeren Sinne (z. B. aus §§ 1007, 812, 848), oder außerdem einen Zurückgabeanspruch (Fall des mittelbaren Besitzes). — c) Erforderlich ist stets die Abtretung des Eigentumsanspruchs, im Falle des mittelbaren Besitzes des Veräußerers außerdem die des persönlichen Zurückgabeanspruchs; ebenso **RG. 52** 385 f. (19—27).

2. Die Abtretung vollzieht sich nach §§ 398 ff. Unanwendbar ist § 400 (28—35).

3. Zu den Rechten, die mit der Genehmigung auf die Stiftung übergehen (§ 82 Satz 2), gehört das Eigentum an beweglichen Sachen bei Besitz eines Dritten (54).

4. Auf Grund eines Schuldtitels, der den Schuldner zur Übereignung einer beweglichen Sache verpflichtet, geht, sofern die Sache im Besitz eines Dritten ist, das Eigentum mit der Überweisung des Herausgabeanspruchs des Schuldners an Zahlungs Statt auf den Gläubiger über (58 f.).

5. Die Rechtsübertragung mittels der handelsrechtlichen Dispositionspapiere beruht nicht auf dem Gedanken der Anspruchsabtretung (68).

II. OLG. **10** 409 (Hamburg). Wenn der legitimierte Empfänger eines Konnossements mit der Ausstellung des Anteilscheins, wie es regelmäßig der Fall ist, den Herausgabeanspruch teilweise abtreten will, so erfolgt damit die Tradition und es geht das Eigentum an der noch im Besitze des Schiffers befindlichen Ware über (410).

§§ 932 ff. Nach *Alfred Schultze, IheringsJ. **49** 159 ff., stützen zwei Grundgedanken die unterscheidende Behandlung der anvertrauten und abhanden gekommenen Sachen:

1. Der Publizitätsgedanke. Der Eigentümer, der seine Sache einem Anderen anvertraut hat, verwirkt sein Eigentum zugunsten des gutgläubigen Dritterwerbers, weil es für diesen der Erkennbarkeit, der Publizität ermangelt; insofern dient die Regelung dem Schutze des redlichen Verkehrs. Bei den gestohlenen Sachen tritt dagegen der Publizitätsgedanke hinter dem Friedensschutzgedanken zurück, d. h. dem Gedanken, daß der durch den Diebstahl gebrochene Rechtsfriede zugunsten des Bestohlenen wiederherzustellen ist; dies ist auf die anderen Fälle des unfreiwilligen Besitzverlustes ausgedehnt. Die Ausnahme für die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen rechtfertigt sich durch den Verschweigungsgedanken: Der Eigentümer hat sich gegenüber dem öffentlichen Ausgebot durch Nichtgeltendmachung seines Eigentums zugunsten des redlichen Erstehers verschwiegen.

2. Der Gewährschaftsgedanke. Es ist für den Schadensausgleich bei den anvertrauten Sachen gerechter, den Eigentümer an den Mann seines Vertrauens, als den gutgläubigen Dritterwerber an seinen Veräußerer zu verweisen, dagegen bei den abhanden gekommenen Sachen gerechter, den gutgläubigen Dritterwerber an seinen Veräußerer, als den Eigentümer an den für diesen schwer oder gar nicht faßbaren und ihm wider seinen Willen als Gewährsmann aufgedrängten

Dieb, unredlichen Finder usw. zu verweisen. Anders, wo nach dem typischen Verlauf auch für den gutgläubigen Dritterwerber sein Veräußerer nicht erreichbar oder bei ihm keine Entschädigung zu erlangen ist; hier darf auch im Falle des Abhandenkommens dem bisherigen Eigentümer der Schade aufgebürdet werden: a) Dies gilt für Geldstücke und für die Inhaberpapiere des täglichen Umlaufs (besonders Banknoten und Zinsscheine), da man hier regelmäßig nicht mehr weiß, von wem man sie hat (§ 935 Abs. 2 BGB. und § 367 Abs. 3 HGB.). Unser Recht hat auch die anderen Inhaberpapiere dieser Behandlung angeglichen, jedoch mit der im § 367 Abs. 1 und 2 HGB. an die Publizität des Verlustes durch Veröffentlichung im Reichsanzeiger geknüpften Einschränkung zugunsten des bisherigen Eigentümers. — b) Dies ist der Grund des nach manchen Landesrechten gemäß Art. 94 Abs. 2 EGBGB. für die öffentlichen Pfandleihanstalten geltenden Privilegs, daß sie die ihnen verpfändeten Sachen nur gegen Bezahlung des Pfandschillings herauszugeben brauchen (Lösungsanspruch). Denn sie haben es in der Regel mit kreditschwachen Verpfändern zu tun, von denen sie, wenn ihnen die Pfandsache ersatzlos entzogen würde, nicht selten gar nicht oder nur schwer ihr Geld wiederbekommen könnten.

§ 932. *Weyl, Verschuldensbegriffe 208. Man wird dem Erwerber der Mobilie eine gewisse Nachforschungspflicht auferlegen müssen, aber diese Diligenzpflicht besteht nur im Momente des Erwerbes, nicht, nachdem sich dieser vollzogen hat (209). Die im Abs. 2 gegebene Definition ist nicht einwandfrei (210). Über das Verhältnis der Bösgläubigkeit zum Verschulden und zum Irrtum (211). Auf sonstiges, z. B. partikuläres, Zivilrecht wird man die Legaldefinition nicht übernehmen können (214).

§ 935. 1. OLG. **10** 137 ff., SeuffA. **60** 283 (Hamburg). Bei Sachen, die der Eigentümer auf Grund eines wegen Willensfehler nur anfechtbaren, zunächst also vom Gesetz selbst als vorhanden angenommenen Übergabewillens fortgegeben hat, kann man nicht von einem „sonstigen Abhandenkommen" der Sachen sprechen (139). AM. Planck Note 2 zu § 935.

2. KG., KGBl. **05** 83 ff. Der gutgläubige Erwerber von Diebesgut, der es vor Anstellung der Vindikationsklage des Eigentümers in derselben Beschaffenheit oder nach erfolgter Verarbeitung und Umbildung weiter veräußert, kann von dem früheren Eigentümer weder auf Ersatz des Wertes der Sachen auf Grund des § 935, noch auf Vergütung infolge des Unterganges seines Eigentums nach § 951, noch auf Grund der allgemeinen Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung in Anspruch genommen werden, sofern letzterenfalls der von ihm dem Diebe gezahlte Kaufpreis üblich und angemessen ist.

3. OLG. Köln 31. 5. 05, RheinA. **101** I 249. Öffentliche Leihanstalten sind verpflichtet, dem Eigentümer die ihm gestohlene und von einem Dritten verpfändete Sache ohne Erstattung der Verpfändungssumme herauszugeben.

§ 936. 1. *J. U. Schröder, AcivPrax. **97** 384. Das im § 936 enthaltene Prinzip, daß durch den Schutz des guten Glaubens niemals das Recht des unmittelbaren Besitzers verletzt werden kann, ist auch zur Anwendung zu bringen, wenn der unmittelbare Besitzer Eigentümer ist.

2. *Kuge, Wegnahmerecht 87: Der Belastung mit einem Rechte steht das Wegnahmerecht gleich.

3. OLG. Köln, RheinA. **101** I 251. Die Aufwendung zum Erwerb einer Sache ist keine Verwendung auf die Sache.

II. Ersitzung.

§ 937. *Manigk, ABürgR **25** 324 f. Geschäftsunfähige können nicht ersitzen, denn erstens können sie nicht Eigenbesitzerwerb erwerben (s. o. unter a zu

§ 872) und ferner können sie die Voraussetzung des guten Glaubens nicht erfüllen. In letzterer Hinsicht übersieht Auerbach (JDR. 3 Ziff. 3 zu § 872), daß § 937 Abs. 2 das positive materielle Erfordernis des guten Glaubens stellt, wenn für die Beweislast im Prozeß das Gegenteil des guten Glaubens auch zur Exzeption gestellt ist. Wer nicht bösgläubig erwerben darf, muß in Wirklichkeit positiv gutgläubig erwerben. Tertium non datur. Dieses positive Erfordernis können Geschäftsunfähige auch nicht erfüllen.

III. Verbindung. Vermischung. Verarbeitung.

Literatur: Kretzschmar, Zur Bedeutung des im BGB. bestimmten Wegnahmerechts, ZBlFG. 6 1—14. — Ruge, Das Wegnahmerecht. Berlin 1905.

§ 950. *Müller-Erzbach begründet den in Theorie und Praxis anerkannten unmittelbaren Eigentumserwerb desjenigen, für dessen Rechnung spezifiziert wird, aus einem allgemeinen Rechtsprinzip (s. o. §§ 164 ff. Ziff. 1).

§ 951. 1. Abs. 1. KG., KGBl. 05 83. Ein Rechtsverlust tritt nicht ein, wenn der Berechtigte durch Vermengen oder Verbinden seiner Sachen mit fremden Sachen Miteigentum an dem Gemenge oder Erzeugnis erlangt. (Näheres o. Ziff. 2 zu § 935).

2. Abs. 2 Satz 1. Kretzschmar 8. Das Recht zur Wegnahme einer Einrichtung nach Abs. 2 Satz 1 steht dem im § 997 bestimmten Wegnahmerechte des Besitzers und demjenigen, das im § 951 Abs. 2 Satz 2 dem durch die Verbindung beeinträchtigten Eigentümer verliehen wird, in Ansehung des Gegenstandes vollständig gleich. In allen Fällen handelt es sich um eine Sache, die mit einer anderen Sache zu einem wesentlichen Bestandteile verbunden worden ist.

3. Abs. 2 Satz 2. **a)** *Ruge 78 ff. Diese Vorschrift gibt ausnahmslos jedem, der auf Grund der §§ 946, 947 durch die Verbindung ein Recht verloren hat, das Wegnahmerecht und den Anspruch aus § 258; der Anspruch geht gegen denjenigen, der nach § 997 Herausgabeberechtigter ist oder sein würde (s. o. § 258 Ziff. 1). — **b)** Auch Kretzschmar, ZBlFG. 6 5, vertritt, entgegen Biermann, die Ansicht, daß die Vorschrift ein selbständiges Wegnahmerecht verleihe (s. o. § 258 Ziff. 2). — **c)** Ebenso auch Baring, SächsA. 14 469. Das Wegnahmerecht aus Abs. 2 Satz 2 steht dem Besitzer der Hauptsache nur zu, wenn er Eigentümer der mit der Hauptsache verbundenen beweglichen Sache war.

IV. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache.

Literatur: Schloßmann, Zum Wirtshausrecht und zur Lehre von den herrenlosen Sachen, JheringsJ. 49 139—158. — Sellner, Zu § 956 BGB., BayRpflZ 05 113—116.

§ 953. **a)** Anknüpfend an den bekannten Fall von Gareis, „Fund einer Perle in einer Auster" (DJZ. 05 347 ff.), führt Schloßmann 147 aus, daß die Austernschale von dem Augenblick an, in dem die Auster dem Gast vorgesetzt ist, eine herrenlose Sache sei. Daher könne ein jeder, also insbesondere auch der Gast, nach dem Servieren durch Aneignung Eigentum an der Perle in der Auster erwerben. — **b)** Dagegen nehmen Gareis, DJZ. 05 347 und Gierke, DJZ. 05 366 an, daß die in der Auster enthaltene Perle, als Bestandteil derselben, beim Verkauf und Servieren im Gasthofe dem Erwerber der Auster mit zu Eigentum übertragen werde. — **c)** Josef, R. 05 307 vertritt die Ansicht, daß die Perle Eigentum des Austernfängers verbleibe, wenn nicht die Absicht des Eigentumsüberganges an ihn selbst beim Verkauf der Auster vorhanden war. Als wesentlicher Bestandteil der Auster ist sie nicht anzusehen, denn erst durch die Trennung voneinander kommen Auster und Perle zu ihrer

wirtschaftlichen Geltung. — **d)** Hedemann, BayRpflZ. **05** 238, untersucht den Fall unter dem Gesichtspunkte der Irrtumsanfechtung. Er erachtet den Restaurateur auf Grund des § 119 Abs. 2 zur Anfechtung für berechtigt (s. auch u. §§ 965 ff. Ziff. 3).

§ 954. Wegen des Wegnahmerechts s. Baring bei § 818 Ziff. 1. Berechtigt zur Wegnahme ist der vormals dinglich Berechtigte. Der Schlußsatz „auch wenn" ist unbeachtlich (s. bei § 256 Ziff. 1).

§ 956. 1. Sellner 113. § 956 trifft den Fall nicht mit, in welchem nur der Besitz an ungetrennten Früchten oder an Bestandteilen einer Sache überlassen ist, aber dennoch ist die dieser Gesetzesstelle zugrunde liegende Konstruktion zu verwenden (114 ff.).

2. **RG. 60** 319. Verpflichtet sich der Eigentümer einem anderen gegenüber zur Gestattung des Fällens von Bäumen, so kann ein solcher Gestattungsvertrag durch Eintragung in das Grundbuch nicht dingliche Kraft erlangen und bindet daher den künftigen Grundstückserwerber nicht.

V. Aneignung.

Literatur: Ebner, Die gesetzlichen Aneignungsverbote des § 958 Abs. 2 BGB. im preußischen Jagdrecht, VerwA. **13** 538—547.

§ 958. 1. *Manigk, ABürgR. **25** 324 f. Die Aneignung ist ein Rechtsgeschäft, denn der im Tatbestand des Eigenbesitzerwerbes verlangte animus domini stellt sich im § 958 als Erfolgswille dar: Der Wille ist auf eine Rechtswirkung gerichtet, die der Tatbestand auch erreicht, nämlich Eigentumserwerb. Geschäftsunfähige können eine Aneignung daher in keinem Falle wirksam vornehmen, denn zu allen Handlungen, deren rechtliche Wirkungen vom Willen abhängen, sind sie unfähig. Dem ist u. a. Cosack, BGB. § 202 I 2 beigetreten. S. a. Biermann, BGB. zu § 958.

2. Abs. 2. *Ebner 538 ff. Zu den gesetzlichen Aneignungsverboten gehört im preußischen Jagdrechte keine der Schonvorschriften, auch nicht der § 368 Ziff. 11 StGB., wohl aber befinden sich solche Verbote in den Vorschriften über das Ruhenlassen der Jagd.

§ 959. 1. Schloßmann, IheringsJ. **49** 148 ff., führt Fälle auf, in denen auf das Eigentum verzichtet und es trotz fortdauernden Besitzes verloren worden sei. Andererseits weist er (154) auf Fälle hin, in denen man nicht umhin können wird, an den bloßen und zwar auch an den ohne Willen des Herrn eintretenden Besitzverlust trotz Mangels der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, das Herrenloswerden der Sache zu knüpfen. Schloßmann ist der Meinung, daß jede, wenn auch gezwungene Auslegung des § 959, die ein den Forderungen der Gerechtigkeit entsprechendes Ergebnis zu Wege zu bringen vermag, Billigung verdiene (158).

2. BayObLG. (Straff.) **5** 89. Ein auf einem Grabe niedergelegter Kranz ist keine herrenlose Sache.

VI. Fund.

§§ 965 ff. 1. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 265 ff. Klage des Eigentümers eines auf Geheiß der Hamburger Polizeibehörde getöteten, unzutreffenderweise nicht als Fundsache behandelten Hundes. Verurteilung zum Schadensersatze. Die Tätigkeit, welche mangels eines Verzichts (§ 976) seitens der Behörde hinsichtlich gefundener und abgelieferter Sachen geübt wird, ist lediglich auf die ihr übertragene öffentliche Gewalt zurückzuführen (Mot. 377 unter 3 b, 379). Daß aus dieser Tätigkeit privatrechtliche Verpflichtungen entstehen können, ändert daran nichts. Die Behörde ist nicht berechtigt, die an sie abgelieferte Fundsache zu vernichten, vielmehr verpflichtet, für deren Verwahrung zu sorgen, sie mög=

licherweise bei gegebener Sachlage zu veräußern und den Wert zu verwahren, den Eigentümer zu ermitteln, eventuell deren Wert demnächst an den Finder herauszugeben.

2. OLG. Hamburg, HansGZ. **04** Beibl. 202 ff. — IDR. **3** zu §§ 965 ff. Ziff. 4a, b —, s. jetzt auch SeuffA. **60** 143 ff., OLG. **10** 114 ff., R. **05** 281 Nr. 1300.

3. Die Perle in der Auster (s. zunächst o. § 953). **a)** Gareis, Das Recht an der in einer Auster gefundenen Perle, DIZ. **05** 347/8, verneint die Anwendung der Grundsätze des Fundrechts. Die Perle ist von niemandem verloren worden und stand vorher in niemandes Eigentum, was § 984 erfordert. Er nimmt Mitverkauf der Perle als Bestandteil und Eigentum des Begleiters der Dame an. — **b)** Dagegen Julius Gierke, ebenda 396/7, der ebenfalls Fund und Schatzfund verneint, aber der Dame das Eigentum zuspricht. — **c)** Hedemann, Die Perle in der Auster, BayRpflZ. **05** 238 ff., schließt sich der Ansicht an, daß die Dame Eigentümerin der Auster mit der Perle geworden sei, und behandelt im übrigen die Rechtsfolgen der Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 (§§ 142 — 932 ff. — 816). — **d)** Josef, Das Recht an der in einer Auster gefundenen Perle, R. **05** 307, verneint ebenfalls die Anwendbarkeit des Fundrechts und spricht das Eigentum dem Austernfänger zu, er gewährt jedoch dem Gastwirt einen persönlichen Anspruch auf Herausgabe gegen die Dame bzw. den Herrn. — **e)** Polenske, ebenda 741/2, erörtert — gegen Gierke — die Rechtsverhältnisse an Speise und Trank — s. o. § 929 Ziff. I 2. — **f)** Schloßmann, Zum Wirtshausrecht und zur Lehre von den herrenlosen Sachen, IheringsI. **49** 139—158, behandelt lediglich Fragen zu §§ 953 ff. u. ähnliche. S. das. § 953 a.

§ 969. (S. o. zu §§ 688 ff. Ziff. 3.) OLG. Dresden über die Frage, an wen eine Verkehrsanstalt Sachen, die im Straßenbahnwagen verloren oder zurückgelassen werden, herausgeben darf.

§ 970. *Baring, SächsA. **15** 144 ff. a) Der redliche Finder ist Geschäftsführer ohne Auftrag, der Ersatzanspruch durch den Willen zur Geschäftsführung bedingt. Wie im § 304 BGB., so auch hier keine Pflicht zur Erhaltung; deren Begriff geht über den der Verwahrung hinaus. Einseitige Genehmigung ist auch hinsichtlich anderer als der im § 970 bezeichneten Aufwendungen wirksam. § 683 Satz 1 und § 684 Satz 1 sind hingegen nicht entsprechend anwendbar. Zur Wegnahme einer Einrichtung ist der Finder niemals befugt. — b) Hinsichtlich der dinglichen Wirkungen ist Finden kein Willensakt, so daß auch der beschränkt oder gar nicht Geschäftsfähige damit Eigentum erwerben kann. Hinsichtlich aller obligatorischen Wirkungen, also auch (gegen Dernburg u. a.) des Anspruchs auf Ersatz und auf Finderlohn ist Finden hingegen gleich der auftraglosen Geschäftsführung als Rechtsgeschäft zu beurteilen.

§ 971. *Weyl, Verschuldensbegriffe 57, 476 ff. „Auf Nachfrage verheimlichen“ wohl auf eine versteckte, arglistige Handlungsweise zu deuten (dann auch §§ 827 f. anzuwenden), also = „arglistiges Verschweigen“ (o. zu § 123 Ziff. 4). — Stellung im System 508 ff. § 971 Abs. 2 eine Art der Kulpakompensation (617).

Zu §§ 978 ff. Eger, Fund in den Räumen oder Wagen der Eisenbahn, BayRpflZ. **05** 139 ff. An die Stelle des § 38 der alten Verkehrsordnung v. 15. 11. 92 sind die §§ 978—982 getreten. Es wird nicht wirklicher Verlust, sondern nur Zurücklassung in den öffentlichen Räumen usw., daher auch nicht eigentlicher Fund, sondern nur Auffindung angenommen. — Unter den „Geschäftsräumen“ sind die dem Verkehr eröffneten Räume der Bahn gemeint, also nicht die reinen Privaträume und ebensowenig die unbeschränkt jedem zugänglichen Örtlichkeiten, wie z. B. Bahnhofszufahrtstraßen, Vorplätze usw., wohl aber Neben-

räume, wie Treppen, Korridore, Restaurationsräume, Bahnsteige, Gepäck-, Billet- und Zollabfertigungsstellen, Aborte usw. — Recht der Eisenbahn zur öffentlichen Versteigerung nach § 383. — Der Erlös (§§ 978, 981) ist nach §§ 688 ff. zu verwahren. — Ferner § 980! — § 981! — Über die erforderlichen Bekanntmachungen a. a. O. 141.

§ 979. An wen darf eine Verkehrsanstalt Sachen, die sie findet, herausgeben? S. o. zu § 969 und besonders zu §§ 688 ff. Ziff. 3.

§ 984. SeuffA. **60** 322—324 (Hamburg) — s. schon IDR. **3** zu § 984 Ziff. 3.

Vierter Titel. Ansprüche aus dem Eigentume.

Literatur: Bunsen, Der Schutz des Eigentums im BGB., Bernhöft und Binders Beitr. Heft 6 419—454. Florey, Die Verwendungsansprüche des Besitzers nach dem deutschen BGB. (Diss.) Leipzig 1905. — Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des BGB. Berlin 1905. — Ruge, Das Wegnahmerecht. Berlin 1905.

§ 985. *Bunsen, Bernhöft u. Binders Beitr. Heft 6 419 ff. Zu § 985 wird ausgeführt, daß, wer einen Inbegriff von Sachen vindiziere, im Streitfalle die einzelnen Gegenstände nach Zahl und Art genau zu bezeichnen habe, es bestehe nicht, wie Lehmann, Sachenrecht § 28 Note 7 annimmt, in diesem Falle eine Verpflichtung des Besitzers, ein Verzeichnis des Bestandes anzufertigen und event. den Offenbarungseid zu leisten (§ 260 BGB.). — Im Gegensatze zu Hellwig (Anspruch und Klagerecht 30 ff.), dem der vindikatorische Anspruch weder ganz noch teilweise mit dem Eigentum identisch nach Bestandteil desselben ist, dem vielmehr die dinglichen Ansprüche gerade so wie alle Ansprüche als Verbindlichkeiten erscheinen, auf welche, wenn sie entstanden sind, im Zweifel die allgemeinen Grundsätze des Rechtes der Schuldverhältnisse ebenso Anwendung finden, wie auf die aus anderem Grunde entstandenen Schuldverhältnisse, wird die dingliche Natur der Eigentumsansprüche, insbesondere des vindikatorischen energisch betont. Dinglich ist der vindikatorische Anspruch aktiv immer; auch in dem Falle der §§ 987—993, passiv nur soweit er auf Herausgabe der Sache und der bis zur Rechtshängigkeit gezogenen Nutzungen, soweit solche nach Maßgabe der §§ 988 resp. 993 Abs. 1 herauszugeben sind, geht; denn hier haftet der Beklagte nur mit dem Besitze resp. bis zur Bereicherung; die Bereicherung erzeugt nicht den Anspruch, sondern begrenzt ihn. In den anderen Fällen (§§ 987, 989, 990, 992) ist der Anspruch passiv persönlicher Natur, in vollem Umfange freilich nur in den Fällen der §§ 990 u. 992. In den Fällen der §§ 987, 989 trifft den Beklagten nicht die persönliche Pflicht zur Herausgabe, darum nicht die Folgen des Verzugs, sondern nur eine Diligenzpflicht, aber nicht nach der Art eines Schuldners aus einem persönlichen Schuldverhältnis. Der Unterschied zeigt sich in der Beweislast. Im vindikatorischen Anspruche hat der Berechtigte, soweit es sich um die Herausgabe von Nutzungen handelt, den Umfang und Wert der vom Beklagten gezogenen Nutzungen zu beweisen, ebenso hat er die Ansprüche wegen Vernachlässigung hinsichtlich der Sache und der Nutzungen nicht nur dem Umfange nach zu beweisen, sondern auch das Verschulden des Besitzers, während in rein persönlichen Schuldverhältnissen in dieser Richtung den Schuldner die Beweislast trifft. Endlich wird noch bezüglich der Wirkung der Rechtskraft des Urteils im Vindikationsprozesse entgegen der von Hellwig a. a. O. 32 und von Dernburg, Sachenrecht 337, in Übereinstimmung mit Hölder, BuschZ. **29** 66 ausgeführt, daß in dem Urteile, soweit nicht etwa der Anspruch nur auf Grund einer Weigerungseinrede oder wegen Verminderung des Besitzes des Beklagten abgewiesen wird, über das Eigentumsrecht des Klägers erkannt wird und sich auch hierauf die Rechtskraft des Urteils erstreckt.

§ 986. Abs. 2. *Ruppel, Übertragung dinglicher Rechte. Die Vorschrift bezweckt den Schutz der persönlichen Besitzrechte. Er ist ebensoweit auszudehnen, wie der Schutz des Schuldners bei der Übertragung von Forderungen (§§ 404 ff.). Die Besitzrechte zerfallen in vertragsmäßig gewährte und Zurückbehaltungsrechte; auf jene ist § 407 Abs. 1, auf diese § 406 anzuwenden.

§§ 989 ff. 1. Nach *Prym 66 ff. bleiben die Rechte des Vertragsgläubigers von den einschränkenden Vorschriften der §§ 989 ff. ohne jede Ausnahme unberührt, gegen Siber 120 f.

2. OLG. Colmar, PucheltsZ. **05** 355. Die Vorschriften der §§ 989 ff. schließen die Anwendbarkeit des § 823 dann nicht aus, wenn es sich nicht um Entschädigung wegen Besitzvorenthaltung, sondern um Ersatz des durch die Besitzentziehung entstandenen Schadens handelt.

§ 990. 1. Abs. 1 Satz 2. **RG.** JW. **05** 494. Nicht immer hat der Beklagte schon durch die Klagezustellung erfahren, daß er zum Besitze nicht berechtigt sei, vielmehr darf er unter Umständen, ohne in ein ihn zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden zu geraten, es darauf ankommen lassen, wie das Gericht entscheiden wird.

2. Über Abs. 2 vgl. de Claparède, Beiträge 31 ff. (auch Mot. II 4; III 398 ff.).

§ 992. 1. *Prym 70 ff. Die Vorschrift des § 992 besagt, nicht daß schlechtweg an die Tatsache der Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht oder durch eine strafbare Handlung die Wirkungen unerlaubter Handlungen geknüpft sind, sondern, daß bei Vorliegen dieses Aktes eine dem gesetzlichen Tatbestande nach vorhandene unerlaubte Handlung auch unter die deliktischen Normen fällt. Beim Fehlen der Voraussetzung des § 992 ist die Deliktshaftung ausgeschlossen. Zweifellos und billigerweise dann, wenn das Verhalten des Besitzers dem — wenn auch nicht tatsächlich zustehenden, so doch vermeintlichen — Rechte entspricht, mag sich der Besitzer auch bloß für den Fremdbesitzer halten. Arg. §§ 987 ff., § 991 Abs. 1, arg. e contr. aus § 992 (75). — Diese Haftungsbeschränkung gilt nicht, wenn durch die im Besitze gewesene Sache andere Rechtsgüter verletzt werden (83—85).

2. Über den Begriff „strafbare Handlung": *Weyl, Verschuldensbegriffe 356 ff. Alle strafbaren Handlungen enthalten zugleich ein „Verschulden" im technischen Sinne des Zivilrechts. Strafbare Handlungen sind aber nicht identisch mit „unerlaubten Handlungen". Näheres 358.

3. **a)** **RG.** 7. 6. 05, JW. **05** 494. Schadensersatzansprüche können nur auf ein „schuldhaftes Zuwiderhandeln gegen das Verbot der Besitzverletzung" gegründet werden. (Ebenso Planck Note 2a zu § 992, Bendix, R. **05** 47.)

b) OLG. Dresden 3. 7. 05, SächsA. **15** 628. Die Bestimmungen des BGB. über den Inhalt des Eigentumsanspruchs behandeln auch den deliktischen Besitzerwerb. Die deliktische Haftung ist aber auf die Fälle des § 992 beschränkt. Die weitergehende Bestimmung im § 823 kommt ihr gegenüber nicht zur Anwendung (**RG. 56** 313 ff., 316).

§ 993. *Prym 77 ff. weist insbesondere auf Grund der Entstehungsgeschichte des BGB. nach, daß im § 993 folgende lex vergessen ist: „Die Haftung eines Besitzers, der nicht Eigentümer ist, wegen verschuldeter Beschädigung der Sache bleibt unberührt." Diese lex durch Interpretation hineinzufügen, verbietet sich, weil jene sachlich ein Ausnahmesatz ist und ein anderer zur Analogie dienende Ausnahmesatz fehlt. ➛ Er steckt möglicherweise im § 991 Abs. 2. ⟵ Fällt der Vorgang unter § 826 oder § 823 Abs. 2, so läßt sich das Ergebnis vermeiden.

§ 994. 1. *Florey. Notwendige Verwendungen sind die zur Erhaltung der Sache in dem ihrer ökonomischen Bestimmung entsprechenden Zustande nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft erforderlichen Verwendungen. (AA. besonders Planck 265 und Biermann 117, die an der Begriffsbestimmung der Pandekten (l. 79 D. 50, 16) festhalten). — Die Bestimmung im Abs. 1 Satz 2 trifft nicht nur den Fall, daß dem Besitzer die Nutzungen kraft Gesetzes verbleiben, sondern auch den Fall, daß der Eigentümer dem Besitzer die Nutzungen beläßt, obwohl er nach Maßgabe der §§ 987 ff. ein Recht darauf hätte.

2. OLG. Dresden, SächsA. **15** 532. Die Einlösung einer Sache beim Pfandgläubiger durch den mit der Eigentumsklage in Anspruch genommenen Beklagten stellt sich nicht als eine auf die Sache gemachte notwendige Verwendung im Sinne des § 994 dar.

§§ 994 ff. 1. *Florey. Für die Frage, welches Recht bezüglich des Umfanges und der Art der Durchsetzung des Verwendungsanspruchs für die Übergangszeit zur Anwendung kommt, ist allein entscheidend der Zeitpunkt der Herausgabe der Sache durch den Besitzer. Erfolgt die Herausgabe unter der Herrschaft des alten Rechtes, ist ausschließlich dieses, im anderen Falle lediglich das neue Recht anzuwenden. (Abw. **RG.** II 5. 3. 01, JW. **01** 237, wonach allein altes Recht maßgebend sein soll, und Habicht, Die Einwirkung des BGB. 388, der hinsichtlich des Umfanges des Anspruchs stets altes Recht, hinsichtlich der Art der Durchsetzung aber das Recht der Zeit, wo sie erfolgt, anwenden will.)

2. *Baring, SächsA. **15** 30 ff., 133 ff. Die §§ 994 ff. greifen (gegen die Prot. VI 152, 238) auch bei dem unselbständigen Besitzer Platz. Andererseits ist ihr Anwendungsgebiet begrenzt (vgl. o. § 256 Ziff. 1).

§ 997. 1. Abs. 1. *Ruge 83. Die Aneignung vernichtet die Rechtsfolgen der Verbindung und stellt die Rechtslage wieder her, die im Augenblicke der Verbindung bestanden hatte. — Trennung und Aneignung müssen nicht notwendig von derselben Person oder gleichzeitig vorgenommen werden (s. o. § 258 Ziff. 1).

2. Abs. 2. *Ruge 77 ff. Eine nach Abs. 2 unzulässige Wegnahme macht nach § 823 Abs. 1 schadensersatzpflichtig.

§ 998. Bedeutung des § 998. *Baring, Aufwendungen usw., SächsA. **14** 466 ff. Die Ansprüche des Besitzers wegen Verwendungen sind nach Inhalt und Voraussetzungen nicht allgemein als Bereicherungsansprüche zu kennzeichnen; es sind darunter auch echte, wennschon bedingte Ersatzansprüche begriffen. Den Voraussetzungen nach sind diese von den Ersatzansprüchen des Geschäftsführers wesentlich verschieden.

§ 1000. *Florey. Das Zurückbehaltungsrecht erlischt, wenn der Erstattungsanspruch verjährt ist. Das Zusammenbestehen von Zurückbehaltungsrecht und Erstattungsanspruch ist nur möglich, wenn die Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer vor Herausgabe der Sache erfolgte. Durch die Rückgabe verliert der Eigentümer nicht sein Eigentum zugunsten des Besitzers, wie Biermann 121 annimmt, sondern dieser erlangt das Zurückbehaltungsrecht wieder, und kann eventuell nach § 1003 aus der Sache Befriedigung suchen.

§ 1003. *Florey. Die Eintragung einer Sicherungshypothek für seine Ersatzforderung (§ 866 ZPO.) kann der Besitzer nicht verlangen, denn a) ist die Sicherungshypothek kein Mittel zur Befriedigung aus dem Grundstück, auf die allein es im § 1003 abgesehen ist, und b) würde dadurch der Eigentümer, da er bei der Sicherungshypothek auch persönlich haftet, genötigt werden, auch über den Wert des Grundstücks hinaus für die Verwendungen aufzukommen. Der Grundgedanke des § 1003 aber ist: Die Haftung des Eigentümers ist eine rein

sachliche (vgl. bes. Biermann 122). — →→ Mit Kretzschmar, SächsA. 12 651 ff. gegen Planck 275 halte ich in Berichtigung meiner früheren Ansicht (102 ff.) einen vollstreckbaren Titel (§§ 16, 162 ZVG.) als Voraussetzung für die Durchführung des Selbstbefriedigungsrechts bei Grundstücken nicht für erforderlich, hauptsächlich aus praktischen Erwägungen (vgl. bes. den Fall des Abs. 2, wo sonst zwei Prozesse nötig sein würden!). — Übrigens stellt Planck a. a. O. nicht, wie Kretzschmar irrtümlich annimmt, das Erfordernis der Erhebung einer Feststellungs-, sondern einer Leistungsklage auf, da nur die letztere einen vollstreckbaren Titel i. S. des ZVG. gewährt. ←←

§ 1004. **a)** RG. JW. **05** 231. Die Anschauung der Bevölkerung, was ortsüblich sei, kann unter Umständen mit der Auffassung der Polizeibehörde im Einklange stehen und durch diese zum adäquaten Ausdruck gebracht werden. — **b)** RG. 17. 11. 04, SeuffA. **60** 103, BayRpflZ. **05** 22. Eigentumsstörung ist auch in einer durch Naturgewalt herbeigeführten schädlichen Einwirkung von einem Grundstück zu erblicken, wenn menschliche Tätigkeit erst die schädliche Wirkung der Naturereignisse ermöglicht hat. — **c)** OLG. Oldenburg, OldenbZ. **05** 210 ff. In der Ansetzung eines Termins zum Verkaufe einer fremden Sache ist eine Besitzstörung zu erblicken.

§ 1006. **a)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 91. Abhanden gekommen sind die Sachen dem aus § 1006 Klagenden auch dann, wenn die Sachen dem Kläger von dem Beklagten abgepfändet worden sind. — **b)** OLG. **10** 127 (KG.). § 1006 gilt nicht im Verhältnisse des Pfandgläubigers zum Eigentümer.

Fünfter Titel. Miteigentum.

Literatur: Mende, Miteigentumsrecht, HessRspr. **6** 110 ff.

§ 1010. *Mende 110 ff. Ein auf Beschränkung des Teilungsrechts gerichteter Bucheintrag (§ 1010 Abs. 1 und § 2044 BGB.) hat auch dem pfändenden Gläubiger gegenüber zur Geltung zu kommen. Dies ergibt sich aus dem Gegensatze zwischen § 751 Satz 1 zu § 1010 einerseits und zwischen Satz 1 und Satz 2 des § 751 andererseits. Die Vorschriften über die Gemeinschaft finden auf das Miteigentum — die wichtigste Unterart der Gemeinschaft — Anwendung. Die Ausnahmebestimmung im § 1010 will die für jede Gemeinschaft geltende Regel in ihrer Wirksamkeit beschränken, für sie eine dem neuen Grundbuchwesen entsprechende Voraussetzung schaffen, aber keineswegs gleichzeitig die jene Regel beschränkenden Ausnahmen zur Seite setzen. Es haben daher die in §§ 749 Abs. 2, 750, 2044 BGB. statuierten Ausnahmen ebenso, wie § 751 Abs. 2 gegenüber dem § 1010 Geltung. Ebenso Mot. III 276, 278. Abgelehnt wurde seinerzeit der Antrag, dem § 949 (jetzt § 1010) am Schlusse anzufügen: „Ist die Vereinbarung im Grundbuch eingetragen, so findet § 687 Abs. 2 (jetzt § 751 Abs. 2) BGB. keine Anwendung.“ Damit wurde also ausdrücklich das Recht des Gläubigers auch trotz des Eintrags unter den Voraussetzungen des § 751 Abs. 2 die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, festgestellt.

Vierter Abschnitt. Erbbaurecht.

Literatur: Max Kohn, Das Erbbaurecht nach dem BGB. Ein rechtsgeschichtlicher Beitrag (Diss.). — Meißgeier, Wohnungsfrage und Erbbaurecht (Flugschriften des deutschen Mieterverbandes, Nr. 2). — Wilutzky, Das Erbbaurecht als moderne Form der Erbleihe, GruchotsBeitr. **49** 532.

§§ 1012 ff. Wilutzky a. a. O. behandelt die Vorläufer des modernen Erbbaurechts (superficies, Erbleihe) und erörtert die Mittel, durch die sich der Grundstückseigentümer insbes. gegen die in der freien oder zwangsweisen Veräußerlichkeit des Erbbaurechts liegenden Gefahren schützen könne (Bestellung eines Vorkaufsrechts,

Erlegung eines laudemium als Reallast, vertragsmäßige Ausschließung der Veräußerlichkeit und Festlegung der Zweckbestimmung des Bauwerkes).

§ 1012. 1. KGJ. **29** A 132, OLG. **10** 410, RJA. 5 204 (KG.). Eine Röhrenleitung, welche lediglich aus zusammengesetzten, in den Boden versenkten Rohrteilen besteht, stellt sich nicht als „Bauwerk" im Sinne des § 1012 dar. Dazu fehlt die Verbindung mit dem Erdboden; das bloße Zuschütten mit Erde stellt eine solche nicht dar. Dagegen können Rohrleitungen Bauwerk sein, wenn sie in einem gemauerten Bette verlegt oder durch besondere Vorrichtungen baulicher Art mit dem Erdboden verbunden sind. Vgl. Ziff. 2 zu § 1018 BGB.

2. KGJ. **29** A 130, OLG. **10** 412, RJA. 5 202, DJZ. **05** 412, DNotV. **05** 697 (KG.). Ein Erbbaurecht kann auch die Herstellung einer Geleisanlage auf fremdem Grund und Boden zum Gegenstande haben.

3. OLG. **10** 413 (KG.). Ein zeitlich begrenztes Recht zum Kohlenabbau kann nicht als Erbbaurecht, sondern nur als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden.

§ 1014. BayObLG., R. **05** 647. Seit Inkrafttreten des BGB. kann ein Erbbaurecht mit dem Inhalte nicht begründet werden, daß das Bauwerk, das der Berechtigte auf dem belasteten Grundstücke haben darf, ein Teil eines Gebäudes ist.

Fünfter Abschnitt. Dienstbarkeiten.

Erster Titel. Grunddienstbarkeiten.

§ 1018. 1. **RG.** JW. **05** 393, GruchotsBeitr. **50** 102. Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für das herrschende Grundstück Vorteil bietet. Ein solcher Vorteil des herrschenden Grundstücks kann auch durch ein auf ihm betriebenes Gewerbe vermittelt werden (**RG. 30** 205, JW. **98** 314, **99** 547, **00** 676). Dies trifft auch zu, wenn es sich um den Betrieb eines Großgewerbes handelt oder wenn das Recht des herrschenden Grundstücks soweit reicht, daß seine Ausübung zur vollständigen Ausbeutung des belasteten Grundstücks in bezug auf die Bodenbestandteile, deren Entnahme dem herrschenden Grundstücke zusteht, führen kann. Vgl. Dernburg, BürgR. (3) III 497.

2. RJA. 5 205 (KG.). Als Grunddienstbarkeit kann das dingliche Recht zur Führung einer — nicht ein Bauwerk (§ 1012) darstellenden — Rohrleitung durch ein fremdes Grundstück bestellt werden. Da die Rohrleitung Zubehör des Wasserwerkes ist, dessen Zwecken sie dienen soll (**RG.**, Blum, Urt. III 166), so ist damit die Möglichkeit gegeben, daß von einer Veräußerung oder Belastung des Wasserwerkes nicht bloß das dieser zustehende servitutische Recht, sondern unmittelbar auch die Röhrenleitung selbst ergriffen wird. Auf diesem Wege kann auch die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, auf dem Grundstücke sich aller Vornahmen und Arbeiten zu enthalten, welche den Rohrkörper etwa gefährden könnten, dinglich gesichert werden. Die Unterlassung derartiger Handlungen kann zwar Gegenstand einer Grunddienstbarkeit, nicht aber eines Erbbaurechts sein. Vgl. Ziff. 1 zu § 1012 BGB.

3. HansGZ. **05** Beibl. 255 (Hamburg). Die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes, z. B. einer Einfriedigung, kann nicht als Dienstbarkeit eines Grundstücks bestellt werden, es müßte denn der Fall des § 1021 vorliegen.

4. Geiershöfer, Die Grenzmauer, insbes. der Grenzmauervertrag, R. **05** 401, 405. Die Grenzbauverträge sind als Bestellung von Grunddienstbarkeiten sachenrechtlich zulässig. Es ist zu vermuten, daß der Parteiwille darauf gerichtet ist. Die Ausübung der auf die Mauerbenutzung gerichteten Dienstbarkeit kann dinglich von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden, diese Dienstbarkeit

kann auch unter der Bedingung der Gegenleistung bestellt werden. Eine Mauerbenutzungsdienstbarkeit und Gegenleistung für solche ist aber nur dann denkbar, wenn der Berechtigte die Mauer über die Grenze hinaus benutzt. Vgl. auch o. zu § 921.

§ 1021. SeuffBl. **05** 444 (BayObLG.). Hat sich ein Grundstückseigentümer verpflichtet, die zur Abgrenzung des Grundstücks gegenüber dem benachbarten Seegrundstück errichtete Mauer bestehen zu lassen und zu unterhalten, so gehört die Mauer im Sinne des § 1021 zur Ausübung der Dienstbarkeit als Sicherung der Grenze des benachbarten Seegrundstücks. Für die Beschränkung des § 1021 auf solche Dienstbarkeiten, deren Ausübung in einer besonderen Tätigkeit des Berechtigten besteht, fehlt es an jedem Grunde. Daß die Sicherung der Grenze für die Benutzung des Seegrundstücks Vorteil bietet (§ 1019), ist nicht zu bezweifeln.

§ 1025. HansGZ. **05** Beibl. 190 (Hamburg). Eine entsprechende Anwendung des § 1025 für den Fall der Verbindung des herrschenden Grundstücks mit einem anderen ist ausgeschlossen. Läßt sich die Ausübung der Wegegerechtigkeit nicht mehr auf das herrschende Grundstück beschränken, so muß sie überhaupt aufhören.

§ 1029. *Neubecker, DJZ. **05** 146 ff. Beim Rechtsbesitz (§§ 1029, 1090) ist eine Art Übergang von Notwehr zur Rechtsverwirklichung zu beobachten. Gegen ihn Eltzbacher, DJZ. **05** 239.

Zweiter Titel. Nießbrauch.

I. Nießbrauch an Sachen.

§ 1051. *Weyl, Verschuldensbegriffe 347. Das Verhalten ist rein objektiv zu verstehen, so auch z. B. Biermann, Sachenrecht 251 und Dernburg, BGB. (4) III 553. AM. jedoch Mot. III 519.

§ 1059. KG., NaumburgAK. **05** 63, OLG. **12** 130. Das Nießbrauchrecht von einer Forderung ist auch dann nicht abtretbar, wenn es auf einem Vorbehalte bei Abtretung der Forderung beruht.

Dritter Titel. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

§ 1090. 1. LG. Heidelberg, BadNotZ. **3** 149 — bestätigt durch **RG.** RJA. **6** 210, DJZ. **05** 1170, BadRpr. **05** 322. Baupolizeiliche Beschränkungen zugunsten einer Gemeinde (z. B. wegen des bestimmten Abstandes eines geplanten Gebäudes von der Grenze des Nachbargrundstücks) können nicht als beschränkte persönliche Dienstbarkeiten eingetragen werden, da sie keinen privatrechtlichen Charakter haben und keinem privatrechtlichen wirtschaftlichen Bedürfnisse dienen. AM. Helbling, Grundbuchdienstweisung II 44, vgl. auch BadRpr. **03** 308 und BadVerwZeitschr. **03** 247.

2. Michel, BayRpflZ. **05** 78. Hat eine Stadtgemeinde dem jeweiligen Inhaber eines geistlichen Benefiziums die Instandsetzung und Unterhaltung einer im Vertrage bestimmten Wohnung in einem städtischen Gebäude zugesichert, so ist die Eintragung dieser Rechte im Grundbuch unzulässig, da das Recht keinem der dinglichen Rechte des BGB. zu unterstellen ist.

§ 1091. **RG.** JW. **05** 280, DNotV. **05** 631. Wenn nach § 1091 BGB. auch der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit das persönliche Bedürfnis des Berechtigten überschreiten darf, so fordert doch deren rechtliche Natur und Zweck, daß sie sich nicht in den lediglich persönlichen Ansprüchen und Verpflichtungen eines obligatorischen Rechtsgeschäfts — Kauf oder Miete — erschöpfe. Deshalb kann ein als „Abholzungsrecht" bezeichnetes obligatorisches Rechtsgeschäft, das den Verkauf des vorhandenen Holzbestandes in der

Weise zum Inhalte hat, daß der Verkäufer das Holz fällen, aufbereiten und anführen muß, nicht als beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen werden, da es des begrifflichen Erfordernisses einer wiederkehrenden und dauernden unmittelbaren Benutzung ermangelt und nicht zu dinglicher Sicherung des lediglich persönliche Verpflichtungen erzeugenden Kaufes von Holz auf dem Stamme verwendet werden darf.

Sechster Abschnitt. Vorkaufsrecht.

§ 1098. 1. Die JDR. **3** Ziff. 1 zu § 1098 erwähnte Entsch. des KG. ist auch veröffentlicht KGJ. **29** A 171, RheinNotZ. **50** 57, R. **05** 263, ZBlFG. **5** 679.

2. BreslauAK. **05** 51 (LG. Hirschberg). Wird nach Ausübung des auf einem Grundstück eingetragenen dinglichen Vorkaufsrechts eine Hypothek auf dem Grundstück eingetragen, so ist sie dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam. Vgl. auch Ziff. 1e zu §§ 13 ff. GBO. u. Ziff. 2 zu § 48 ZVG.

Achter Abschnitt. Hypothek. Grundschuld. Rentenschuld.

Literatur: Dennler, JustdRundsch. **4** 81, 97, 113, 161, 193, 236, erörtert die allgemeinen Grundsätze in besonderer Hinsicht auf die Praxis.

Erster Titel. Hypothek.

Vorbemerkung: Über das Wesen der Hypothek, insbes. im Hinblick auf den Fall, daß sie dem Eigentümer zusteht oder von ihm erworben wird (§ 1163), sind noch immer die Meinungen geteilt. Dies ergeben die zahlreichen Erörterungen in Rechtslehre und Rechtsprechung, die insbes. die nicht valutierte Hypothek, die Amortisationshypothek, die Pfändung der sog. Eigentümerhypothek und die Höchstbetragshypothek zum Gegenstande haben (vgl. zu §§ 1163, 1190). Das RG. hat die Eintragung der Pfändung einer künftigen Eigentümergrundschuld für unzulässig erklärt und die Anwendbarkeit des § 1163 auf Grundschulden verneint (Ziff. 6 u. 7 zu § 1163). — Die Einführung des Grundbuchrechts in einem Teile Bayerns hat dort gewisse Schwierigkeiten hervorgerufen, so daß schließlich die Reichsgesetzgebung hat eingreifen müssen. Es handelt sich um die Frage, ob die bei der Mehrzahl der Hypotheken eingetragenen Nebenkautionen für Zinsen, Kosten und Schäden, die bisher meist als unselbständige Anhängsel der Hypothek angesehen wurden, nach neuem Rechte als Höchstbetragshypotheken zu gelten haben und daher, soweit sie von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen werden, dem Grundstückseigentümer zustehen und von seinen Gläubigern in Anspruch genommen werden können. Das RG. hat mit dem BayObLG. die Frage bejaht (vgl. Ziff. 3 zu § 1118). Durch RGes. v. 17. 3. 06 ist nunmehr die Landesgesetzgebung ermächtigt worden, selbst mit rückwirkender Kraft das Erlöschen der Nebenkaution, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt, zu bestimmen. — Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden (vgl. zu §§ 1127 ff.) ist von Reinbeck in einer Einzelschrift ausführlich behandelt worden. — Die von Eugen Fuchs versuchte Deutung des § 1176 hat Zustimmung, überwiegend aber Widerspruch gefunden.

§ 1113. Wesen der Hypothek. **a)** Planck (3) III 508 entscheidet sich für die akzessorische Natur der Hypothek in dem Sinne, daß das Bestehen der Forderung nicht nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung ist und die Forderung nicht nur die Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger und für die Fortdauer seines Gläubigerrechts bildet, sondern von ihr auch der Bestand des dinglichen Rechtes als Hypothek abhängt. — **b)** Endemann (8/9) II 731 sieht — ebenso wie Gierke II 838 — in der Verkehrshypothek und der Grundschuld selbständige Grundpfandrechte, denen gemeinsam ist, daß um der dinglichen Belastung willen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist, wobei das Bestehen eines

Schuldverhältnisses als selbstverständliche Kausalbeziehung unterstellt wird. Während aber bei der Grundschuld das Schuldverhältnis in der Kapitalbelastung derart aufgeht, daß die ihm entsprechende Forderung bei der Ausgestaltung des dinglichen Rechtes nicht zum Ausdrucke kommt, soll das Forderungsrecht neben der Verkehrshypothek auch dinglich in die Erscheinung treten. Dies geschieht in der Weise, daß die Forderung insoweit, als sie die Voraussetzung zur Geltendmachung des dinglichen Befriedigungsanspruchs aus dem Grundstücke bildet, durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs bestätigt wird. (718.) Im übrigen hat die Verknüpfung der Hypothek mit der Forderung nur die Bedeutung, daß der Umfang der dinglichen Haftung durch das im Grundbuche verlautbarte Forderungsrecht genau bestimmt wird, und daß zur Ausübung des Verwertungs- und Befriedigungsrechts nur legitimiert ist, wer Gläubiger des Forderungsrechts ist, das Forderungsrecht mithin bestimmt ist, das Subjekt zu bezeichnen, dem die Hypothek zusteht. 736 Anm. 7 bekennt sich Endemann als Gegner der Wertparzellentheorie, billigt dagegen die Ausführungen von Hirsch — IDR. **3** Ziff. 1b, 5a zu § 1113 — über die Surrogation des Versteigerungserlöses an Stelle des Grundstücks. — **c)** *du Chesne, SächsA. **15** 157. Der Tauschwert von Grund und Boden ist ein besonderes Rechtsgut, das nach rechtlicher Gestaltung ringt. Zwei rechtliche Denkformen des Grundstückstauschwerts lassen sich mindestens nachweisen, eine selbständige, die Grundschuld, und eine unselbständige, die Hypothek (im dinglichen Sinne). Bei der Hypothek ist ein abgeschiedener, als besonderes Rechtsgut gedachter Teil des Tauschwerts des Grundstücks (oder der ganze Tauschwert) mit einer schuldrechtlichen Forderung dergestalt zu einem Rechtsgebilde verschmolzen, daß der Tauschwertsteil als Befriedigungsobjekt, d. i. als Pfand für die Forderung haftet. Dagegen bedeutet die Bestellung einer Grundschuld die Übertragung eines solchen Wertes in das Vermögen eines anderen. Mit dem Erlöschen der Hypothek oder Grundschuld im Zwangsversteigerungsverfahren verliert dies Wertsrecht seine privatrechtliche Form und bleibt nur noch Rechtsgut, zu dessen Durchführung ein prozessualer Anspruch an den Staat auf Übertragung des entsprechenden Versteigerungserlöses besteht. — **d)** du Chesne, DNotV. **05** 397 ff. Eine bedingte Hypothek, im Unterschiede von einer Hypothek für eine bedingte Forderung, gibt es nicht in dem Sinne, daß der dingliche Bestandteil, das Grundrecht, in sich bedingt wäre — dies erweist sich als unkonstruierbar —, sondern nur in dem Sinne, daß der rechtsgeschäftliche Erwerb der dinglichen Verwertungsbefugnis aufschiebend oder auflösend bedingt ist. — **e)** KGJ. **29** A 243, OLG. **10** 414 (KG.). In Ermangelung einer zu sichernden Forderung kann eine Hypothek nicht eingetragen werden, z. B. nicht für eine beiderseits unkündbare Forderung, die nach dem Tode des Gläubigers dem Schuldner zustehen soll. (OLG. **2** 9.) Ist einem Schenkungsversprechen der Vorbehalt des Widerrufs beigefügt, so handelt es sich um ein auflösend bedingtes Forderungsrecht (BGB. § 158 Abs. 2), für welches eine Hypothek bestellt werden kann.

§ 1114. 1. Wie IDR. **2** Ziff. 3 Abs. 2 zu § 1114 — Unzulässigkeit der Belastung eines Bruchteils, auch wenn für dessen Kaufpreis eine Hypothek bestellt wird — auch OLG. **10** 416 (KG.); KGJ. **30** A 219.

2. Gegen die Entsch. ZBlFG. **5** 551 — IDR. **3** Ziff. 2b zu § 1114 — OLG. **10** 442 Anm. 1. Die Entsch. ist mit § 40 GBO. unvereinbar und läßt in der Zwangsversteigerung, da dort die Vormerkung wie eine Hypothek behandelt wird (ZVG. § 48), eine Verwirrung besorgen, auch kann die Vormerkung auf Grund richterlicher Verfügung nicht anders behandelt werden, als eine solche auf Grund der Bewilligung des Eigentümers.

3. WürttZ. **47** 138 (Stuttgart). Der in landrechtlicher Errungenschafts-

gemeinschaft lebende Ehemann kann seine ideelle Hälfte an den Errungenschaftsgrundstücken unbeschränkt auch für Sonderschulden verpfänden.

§ 1115. 1. Bezeichnung des Gläubigers. — a) OLG. 10 423 (KG.). Bei Eintragung einer Ehefrau als Gläubigerin ist die Angabe ihres Vornamens erforderlich. — b) RG. JW. 05 694. Zulässig ist die Eintragung einer Hypothek für die gegenwärtige oder künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person.

2. Firma des Einzelkaufmanns. *Grabner, DJZ. 05 303. Die Firma ist ein Institut des Reichsrechts. Die Landesgesetzgebung darf deshalb den Gebrauch der Firma dem an ihr Berechtigten nicht in weiterem Umfange gestatten, als dies die Reichsgesetze tun. Deshalb ist der § 64 Abs. 2 SächsVO. zur Ausf. der GBO. vom 26. 7. 99, der dem Einzelkaufmanne den Gebrauch seiner Firma zu Eintragungen von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden ohne Beschränkung auf seinen Handelsverkehr gestattet ➵ vgl. JDR. 3 Ziff. 5 zu § 1115 BGB. — Red. ⟻ insoweit nichtig. Ist für den Einzelkaufmann eine Hypothek oder ein Grundstück unter seiner Firma eingetragen, und veräußert er das Geschäft mit der Firma und der Hypothek oder dem Grundstück an einen anderen, der die Eintragung im Grundbuch auf die eben erworbene Firma begehrt, so läßt sich der Rechtsübergang, der nach §§ 873 Abs. 1, 1154 BGB. auf dem Hypothekenbrief oder im Grundbuche zu vermerken ist, nicht ausdrücken, da die Hypothek oder das Grundstück bereits auf die Firma eingetragen ist. Weil hiernach durch die Eintragung auf die Firma eines Einzelkaufmanns die Ausführung einer reichsrechtlichen Vorschrift unmöglich gemacht wird, ist es unzulässig, die Firma eines Einzelkaufmanns bei Eintragungen im Grundbuche zu verwenden und deshalb der § 64 Abs. 2 SächsVO. in vollem Umfange nichtig. ➵ Die Entscheidung der Frage nach der Verwendbarkeit der Firma ist nicht so sehr im formellen, als im materiellen Reichsgrundbuchrechte zu suchen. Dabei sind namentlich die von der Legitimation des eingetragenen Berechtigten handelnden §§ 891—893 BGB. zu berücksichtigen. Besondere Schwierigkeiten, die bei der Eintragung auf den Familiennamen vermieden werden, scheint § 893 zu bereiten, da unter Umständen Besitz der Firma und Besitz des Rechtes (d. i. der Hypothek usw.) auseinanderfallen können. Veräußert z. B. der Einzelkaufmann, für den eine Hypothek unter seiner Firma im Grundbuch eingetragen ist, nur das Geschäft mit der Firma an einen anderen, ohne das Grundbuch durch Umschreibung der Hypothek auf seinen Familiennamen berichtigen zu lassen, so darf der Grundstückseigentümer, solange er von der Rechtsänderung nicht benachrichtigt worden ist, Zinsen und Kündigung wie bisher — sicherlich rechtswirksam — an die Firma senden, obwohl deren Inhaber nicht der Gläubiger ist. ⟻

§ 1116. LG. Insterburg, PosMSchr. 05 5. Zur nachträglichen Bildung eines Hypothekenbriefs ist, wenn Eheleute in Gütergemeinschaft als Grundstückseigentümer eingetragen sind, die Einwilligung auch der Frau erforderlich (BGB. § 1445). Dagegen LG. Insterburg, PosMSchr. 02 4.

§ 1117. 1. RJA. 6 66 (KG.). In Ansehung der Zeit der Übergabe besteht keine gesetzliche Vermutung.

2. PosMSchr. 05 150 (Königsberg). Nach § 931 BGB. genügt zwar zur Übergabe die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des HypBriefs gegen einen im Besitze des Briefes befindlichen Dritten. Die Abtretung wird aber nicht ersetzt durch die Pfändung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefes und durch die Überweisung dieses Anspruchs zur Einziehung. Die Überweisung zur Einziehung verleiht nur die Ermächtigung zur Einziehung, beläßt aber den überwiesenen Anspruch im Vermögen des gepfändeten Gläubigers. Der Abtretung steht nur die Überweisung an Zahlungs Statt gleich, eine

solche ist aber im Hinblick auf § 849 ZPO. ausgeschlossen. Vgl. PosMSchr. **04** 151. Dagegen Immerwahr, DJZ. **05** 980.

3. OLG. **11** 111 (KG.). Liegt eine Vereinbarung der im § 1117 Abs. 2 genannten Art vor, so besitzt, da das Eigentum an der Hypothek das Eigentum an dem Briefe nach sich zieht (BGB. § 952), das GBA. den HypBrief für den HypGläubiger als mittelbaren Besitzer und ist, wenn es einem Gläubiger des Berechtigten, der den Anspruch auf Herausgabe des Briefes pfänden und sich überweisen läßt, die Herausgabe verweigert, dazu im Klageweg anzuhalten. Ob auch die Beschwerde im Instanzenzuge zulässig ist, ist nicht unzweifelhaft. Liegt nicht eine Vereinbarung, sondern nur ein Antrag des Grundstückseigentümers, dem HypGläubiger den Brief auszuhändigen, vor, so hat damit der Gläubiger die Hypothek und daher auch den Anspruch auf Herausgabe noch nicht erworben, da der Grundstückseigentümer jederzeit den Antrag zurücknehmen kann. Deshalb kann auch in diesem Falle der Anspruch auf Herausgabe des Hyp. Briefs nicht gepfändet werden.

4. Zweigniederlassung. **a)** Wie JDR. **3** Ziff. A 6 a und b (Eintragung auf den Namen einer Aktiengesellschaft mit dem Hinweis auf die zur Verwaltung befugte Zweigniederlassung) auch KG., KGBl. **05** 85 unter Verwerfung der Ansicht OLG. **2** 199 (Eintragung auf den Namen der eine eigene Firma führenden Zweigniederlassung). — **b)** BreslauAK. **05** 42 (KG.). Hat eine Aktiengesellschaft zwei zulässige Handelsnamen, nämlich für das Unternehmen als Ganzes und für eine Zweigniederlassung (§ 50 Abs. 3 HGB.), so kann nach Wahl der Beteiligten eine Eintragung in das Grundbuch auf den einen Namen oder den anderen erfolgen. — **c)** **RG.** RJA. **6** 223, JW. **05** 721, R. **05** 647, BayNotZ. **05** 146, ZBlFG. **6** 625 (gegen BayObLG., RJA. **4** 47). Bei einer Aktiengesellschaft, einer juristischen Person und einem gewerblichen Unternehmen des Reichs, eines Bundesstaats oder eines Kommunalverbandes hat die Firma eine wesentlich andere Bedeutung als beim Einzelkaufmann, denn bei ihnen ist die Firma nicht nur der Name, unter dem sie gewerbliche Geschäfte betreiben, sondern sie ist ihr alleiniger Name. Errichten sie eine Zweigniederlassung mit abweichender Firma, so bildet wiederum diese Firma für den Geschäftskreis der Zweigniederlassung ihren einzigen Namen. Daraus ergibt sich, daß die Eintragung in das Grundbuch auf die Firma der Zweigniederlassung lauten muß, wenn der Erwerbstitel auf sie ausgestellt ist. Damit nicht im Widerspruche **RG.** JW. **04** 297, wo im wesentlichen nur ausgeführt ist, daß eine von einer Filiale unter ihrer Firma erworbene Hypothek nicht ihr als einer besonderen Person, sondern der Aktiengesellschaft zusteht. Vgl. OLG. **9** 351 (Dresden).

5. Begriff der Forderung. KGJ. **29** A 247, OLG. **10** 418, DJZ. **05** 964 (KG.). Eine Hypothek kann nur zur Sicherung einer Geldforderung, nicht anderer, wenn auch in ihrem Endzwecke der Sicherung der Hypothek dienender Rechte (z. B. dem Gläubiger fortgesetzt die Feuerversicherung der Gebäude anzuzeigen oder einem Vertreter des Gläubigers jederzeit auf dessen Verlangen den Zutritt zur Besichtigung des Grundstücks zu gewähren) bestellt und eingetragen werden. Gehört ein solches zu dem vom BGB. anerkannten Kreise dinglicher Rechte, so kann seine Eintragung als selbständiges Recht (z. B. das Recht zum Betreten des Grundstücks als beschränkte persönliche Dienstbarkeit) in Abt. II erfolgen, andernfalls muß die Eintragung ganz unterbleiben, so bei der Verpflichtung zur Versicherungsanzeige, da es sich nicht um eine Leistung aus dem Grundstück (§ 1105) oder um eine Dienstbarkeit (§ 1090) handelt.

§ 1118. 1. R. **05** 343 (OLG. Stuttgart). Die Kosten der Kündigung hypothekarisch gesicherter Forderungen hat beim Fehlen besonderer Abrede

regelmäßig der Schuldner zu tragen, soweit sie nach den Umständen notwendig waren.

2. R. **05** 473 (OLG. Colmar). Zu den Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung, für welche das Grundstück kraft der Hypothek haftet, gehören nicht die Kosten des Prozesses, in welchem der persönliche Anspruch gegen den Schuldner geltend gemacht worden ist. Für diese Kosten haftet das Grundstück nur, wenn sie in der Eintragung angegeben sind, also nicht, wenn sie erst nach Eintragung der Hauptforderung gerichtlich festgesetzt werden.

3. In Bayern ist die rechtliche Behandlung der nach § 43 BayHypG. eingetragenen und nun übergeleiteten sog. Nebenkautionen für Zinsen, Kosten und Schäden Gegenstand lebhafter Erörterung gewesen. Das BayObLG. (6 418, BayRpflZ. **05** 350, SeuffBl. **05** 607) hat mit Billigung des Reichsgerichts (RJA. **6** 215, SeuffBl. **05** 729, R. **05** 618, 622, JW. **05** 731, ZBl. FG. **6** 519) entschieden, daß diese Kautionen von dem Zeitpunkt ab, in dem das Grundbuch für angelegt erklärt worden ist, als Sicherungshypotheken, insbes. als Höchstbetragshypotheken im Sinne des BGB. zu gelten haben. Zustimmend Kober, SeuffBl. **05** 285, soweit es sich um weitergehende als die im § 1118 BGB. genannten Nebenleistungen handelt; dagegen Kreß, BayRpflZ. **05** 477, welcher die Nebenkautionen als unselbständige Anhängsel der Haupthypothek ansieht. Vgl. auch Friedländer, BayRpflZ. **05** 464, 508, welcher Vorschläge zur Abänderung der Übergangsgesetzgebung macht, und BayRpflZ. **05** 287, 474, SeuffBl. **05** 430 (LG. I München). — Das BayOLG., BayRpflZ. **05** 514, BayNotZ. **05** 143, SeuffBl. **06** 69, hat entschieden, daß die Nebenkautionen nicht zum Nachteile der Haupthypothek geltend gemacht werden dürfen; § 1176 BGB. finde sinngemäß Anwendung. Dazu Kreß, BayRpflZ. **05** 503 und Dandl, BayNotZ. **05** 118. Wegen der Kostenkautionen des sächsischen Rechtes s. OLG. **4** 160 (Dresden), Reinhard, ZBlFG. **2** 467 und JDR. **1** u. **2** zu Art. 192 EGBGB.

4. *Schmitt, BayRpflZ. **05** 269, behandelt die Rechtsnatur einer für Zinsen und Kosten einzutragenden Nebenkaution nach dem Rechte des BGB. mit folgendem Ergebnisse: Nebenkautionen für Zinsen und Kosten können auch nach dem Rechte des BGB. bestellt werden als Höchstbetragshypotheken zur Sicherung derjenigen Zinsen und Kosten einer Hypothekenforderung, welche nicht schon nach § 10 Ziff. 4 ZVG. in gleichem Range mit dem Kapitale zum Zuge kommen. Sie enthalten, soweit Zinsen- und Kostenforderungen noch nicht entstanden sind, nur eine rechtlich geschützte Aussicht auf Erlangung einer Hypothek, soweit Forderungen dieser Art schon bestehen, aber noch unter der Deckung des § 10 Nr. 4 ZVG. sich befinden, eine bedingte Hypothek für den Fall des Wegfalls der Deckung des ZVG. § 10 Nr. 4, endlich, wenn letzterer Fall schon eingetreten ist, eine unbedingte Hypothek. Alle drei Formen können gleichzeitig bei derselben Nebenkaution nebeneinanderstehen und ständig miteinander abwechseln. — Die Nebenkaution kann ferner sowohl mit der Hauptkapitalshypothek als ohne sie abgetreten werden und unter gewissen Voraussetzungen zur Eigentümerhypothek werden. Solange nämlich das Kapital noch als verzinslich in anderer Hand als der des Eigentümers besteht, kann dieser an der Nebenkaution Eigentümerhypothek nicht erwerben, insbesondere nicht wegen Nichtinanspruchnahme der Kaution oder wegen Bezahlung einzelner Zinsraten. Denn daran hindert ihn das Recht des Gläubigers auf Deckung zukünftiger Zinsen und Kosten durch die Kaution. Die Eigentümerhypothek an der Nebenkaution kann also erst dann entstehen, wenn der Eigentümer auch die Hauptkapitalshypothek in seiner Hand hat oder wenn die Verzinslichkeit des Kapitals geendet hat. In diesem

Falle und auf diesen Fall kann der Eigentümer über die Hypothek verfügen, können seine Gläubiger darauf greifen. Die Eintragung der Verfügung und des Zugriffs im Grundbuche kann aber erst erfolgen, wenn die Eigentümerhypothek entstanden ist und also selbst eingetragen werden kann.

5. Kober, SeuffBl. 05 286. Außerhalb des Rahmens des § 1118 kann für weitere Kosten, z. B. für die Kosten eines Rechtsstreits, der die Bestellungskosten der Hypothek zum Gegenstande hat, eine selbständige Höchstbetragshypothek bestellt werden (vgl. § 140 BayDienstanw.).

§ 1119. 1. Böhm, R. 05 75, bekämpft die Ansicht von Turnau-Förster (2) I 513 und Planck Anm. 2 zu § 1119 — vgl. IDR. 1 Ziff. 1 zu § 1119 — wonach es zur nachträglichen Eintragung der Erhöhung des Zinssatzes der Eintragungsbewilligung des Eigentümers und des Gläubigers bedarf, erachtet vielmehr in Übereinstimmung mit Oberneck (3) I 747 die Bewilligung des Grundstückseigentümers als Passivbeteiligten für ausreichend. Zustimmend Planck (3) Anm. 2 zu § 1119, ebenso KGJ. 29 A 176.

2. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 41 läßt den § 1119 analog auch für Vormerkungen gelten.

§ 1120. 1. *Kretzschmar, ZBlFG. 5 613. Die Berücksichtigung des Zubehörs bei der hypothekarischen Beleihung eines Grundstücks erfordert die volle Vertrauenswürdigkeit des Grundstückseigentümers, da der Hypothekengläubiger eine wirkliche, durch Veräußerung unentziehbare Haftung des Zubehörs erst durch die für ihn erfolgte Beschlagnahme des Grundstücks erlangt, die Haftung im übrigen auch zur Voraussetzung hat, daß das Zubehör in das Eigentum des Grundstückseigentümers gelangt und also, bei einem Kaufe des Zubehörs unter Eigentumsvorbehalt des Veräußerers, der Kaufpreis voll gezahlt ist (§ 455 BGB.).

2. *Röder, GruchotsBeitr. 49 541 ff. Grundstückserzeugnisse, welche mit der Trennung einem (dinglich oder persönlich) Nutzungsberechtigten zugefallen sind, können einer Hypothekenhaftung überhaupt nicht unterliegen; auf Rang oder Alter des Nutzungsrechts kommt es nicht an. Anders die herrschende Meinung. Vgl. IDR. 1 Ziff. 10, 11 zu § 1120 BGB.

3. PosMSchr. 05 107, R. 05 681 (Posen). Dem HypRecht unterliegen nicht nur Zubehörstücke, sondern auch vom Boden getrennte Erzeugnisse, solange sie nicht vom Grundstücke getrennt und veräußert sind. Diese Haftung ist aber daran gebunden, daß sie als Gegenstände der Immobiliarmasse auch tatsächlich in Anspruch genommen werden. Dies kann hinsichtlich aller Gegenstände, die nicht kraft Gesetzes der Beschlagnahme unterliegen (§ 21 ZVG.), nur im Wege der Zwangsverwaltung (§ 148 ZVG.) geschehen. Solange dies nicht der Fall ist, unterliegen sie nach § 865 Abs. 2 ZPO. der ZwVollstr. in das bewegliche Vermögen.

§ 1121. 1. OLG. 11 123 (Stettin). Sind Bestandteile eines Grundstücks, z. B. Waldbäume, mit dem Boden nicht mehr verbunden und auch nicht Zubehör des Grundstücks geworden, so erstreckt sich eine spätere Beschlagnahme des Grundstücks nicht mehr auf sie.

2. **RG.** PosMSchr. 05 56. Ist bei der Beschlagnahme im ZwVerstVerfahren das darauf befindliche Vieh noch nicht von dem Grundstück entfernt, so erwirbt es der Ersteher des Grundstücks, auch wenn es schon vorher verkauft und mit Bezeichnungen (Ohrmarken) versehen war, die nach der Verkehrssitte im landwirtschaftlichen Betrieb als Merkmale für den Eigentumserwerb angesehen werden.

3. **RG.** IW. 05 175. Für die Wirkung des Zuschlags ist es unerheblich, ob der Ersteher von der Veräußerung Kenntnis hat oder nicht.

§§ 1123—1125. BayObLG. **6** 223, R. **05** 252. Die Vorschriften über die Erstreckung der Hypothek auf die Mietzinsforderungen gehören zu den Vorschriften über den Inhalt der Hypothek, nicht über das Verfahren für den Fall der ZwVerw. und ZwVerst. eines Grundstücks und sind auf die Hypotheken des bisherigen Rechtes nicht anwendbar.

§ 1124. 1. OLG. Königsberg, PosMSchr. **05** 149, SeuffA. **61** 14. Eine Verfügung über die Mieten im Sinne des § 1124 setzt einen das Forderungsrecht des Vermieters durch Einziehung, Aufrechnung, Abtretung oder Verpfändung usw. aufhebenden oder beschränkenden Rechtsakt voraus. Dahin gehört nicht der Fall, daß das Mietgrundstück an einen Dritten veräußert wird. In diesem Falle tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnisse sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein (BGB. § 571). Nach § 577 BGB. hat der Nießbraucher dem Mieter gegenüber dieselbe Rechtsstellung wie der Erwerber im Falle der Veräußerung des Grundstücks. Mithin liegt in der Eintragung des Nießbrauchs auf dem Mietgrundstück ebensowenig eine Verfügung über die Mietzinsforderungen, wie in der Veräußerung des Grundstücks. Vgl. dagegen JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1124.

2. **RG. 59** 184. Den rechtsgeschäftlichen Verfügungen stehen diejenigen gleich, welche in einer Handlung der Zwangsvollstreckung gegen den Grundstückseigentümer enthalten sind.

3. *Steiner, BayRpflZ. **05** 161. Die Vorschrift des § 1124 Abs. 2 gilt in Bayern erst nach Anlegung des Grundbuchs. Vgl. auch Ziff. 4 zu § 57 u. Ziff. 6 zu § 148 ZVG.

§§ 1127 ff. Literatur: Reinbeck, Die Haftung der Versicherungsforderung für Hypotheken und Grundschulden (1905); vgl. GruchotsBeitr. **49** 696.

§ 1127. 1. Reinbeck 65. Die §§ 1127—1130 sind auf eine dingliche Verknüpfung der Forderung mit den unter Versicherung gebrachten Gegenständen zurückzuführen; die Forderung haftet daher in gleichem Umfange wie diese Gegenstände, ohne deshalb als Bestandteil des Grundstücks zu gelten. Entgegengesetzte Vereinbarungen des Versicherers und des Versicherten können die Haftung mit unmittelbarer Wirkung gegen den HypGläubiger nicht ausschließen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Haftung vorhanden sind. Übereinstimmend Planck (3) Anm. 1 zu § 1127.

2. Reinbeck 76. Wenn die Forderung aus einer Versicherung wiederum unter Versicherung gebracht wird, z. B. wegen Insolvenz des Versicherers, so unterliegt auch die Forderung aus der zu zweit genommenen Versicherung der Hypothek, da ihr „Gegenstand“, nämlich die Forderung aus der ersten Versicherung, der hypothekarischen Haftung unterliegt.

3. Abs. 2. Reinbeck 117. Wenn die Wiederherstellung oder Wiederbeschaffung den früheren Gegenstand nur teilweise ersetzt, also das neue Haftungsobjekt dem früheren an Werte nachsteht, so erlischt nicht etwa die Haftung der Versicherungsforderung und zwar etwa nur in Höhe des Wertes des neuen Gegenstandes, während für die Differenz die Haftung der Forderung bestehen bliebe und im übrigen der neu beschaffte Gegenstand dem hypothekarischen Rechte unterläge. Eine teilweise Surrogation findet nicht statt und der neu hergestellte, von dem früheren wesentlich verschiedene Gegenstand unterfällt nicht der Haftung. Ebenso Planck (3) Anm. 3a zu § 1127. AM. Biermann, Turnau-Förster I 658, Fuchs I 425 Note 3, Staudinger, Böhm.

§ 1128. 1. Gegen die Ansicht Schneiders — JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1128 —, wonach vor Erhebung des Widerspruchs nicht etwa für jeden HypGläubiger ein Pfandrecht an dem entsprechenden Teile der Entschädigungssumme, sondern nur

eine zeitweilige Zahlungssperre unter Erhaltung des bestehenden Vorranges der Hypothek vor den eine Beschlagnahme ausbringenden Hypothekaren und dritten Pfändenden bestehe, verteidigt Reinbeck a. a. O. 94 ff. die herrschende Meinung, daß die Hypothek die Entschädigungssumme mit der Wirkung eines kraft Gesetzes entstandenen Pfandrechts ergreift, schließt sich aber (99) der Ansicht Schneiders an, daß der Widerspruch nur zugunsten des Widersprechenden, nicht auch der übrigen HypGläubiger wirke. Ebenso Planck (3) Anm. 3 zu § 1128.

2. **a**) R. **05** 313 (Colmar). Eine Brandschadensfestsetzung, welche ohne Zustimmung des HypGläubigers des Versicherten erfolgt und die Rechte des Gläubigers beeinträchtigt, wirkt nicht gegen ihn. Eine solche Beeinträchtigung liegt darin, daß der Versicherte sich dem den Schaden unbilligerweise zu niedrig festsetzenden Gutachten der zuständigen Sachverständigen vorbehaltslos unterwirft und dadurch sich der Möglichkeit der Anfechtung des Gutachtens beraubt. — **b**) R. **05** 472 (Kiel). Sind Maschinen Bestandteile eines Grundstücks und ist die Versicherungssumme unter Nichtbeachtung des § 1128 an den Grundstückseigentümer ausgezahlt, so besteht diesem gegenüber ein Bereicherungsanspruch des Hypothekengläubigers nicht, da dessen Anspruch gegen den Versicherer noch fortbesteht.

3. Reinbeck 93 wendet sich gegen die Mot. III 667, wonach die Glas- und Spiegelscheibenversicherung nicht unter § 1128 BGB. fallen könne, ist vielmehr der Ansicht, daß die bezeichnete Versicherung dann unter § 1128 falle, wenn sie zugleich mit der Versicherung des ganzen Gebäudes einheitlich genommen sei oder wenn z. B. bei modernen Warenhäusern die ganze Front im wesentlichen aus Glastafeln unter Verwendung von Eisenkonstruktionen bestehe oder wenn es sich um die mit Glas überdeckten Lichthöfe von Museen, Hallen usw. handle.

§ 1129. R. **05** 472, SchlHolstAnz. **05** 242 (Kiel). Sind Maschinen Zubehör eines Grundstücks, so werden durch die Zahlung der Versicherungssumme vor der Beschlagnahme diese von der Haftung frei (§§ 1129, 1124). Ein Bereicherungsanspruch gegen den Grundstückseigentümer ist nicht gegeben, da er bis zur Beschlagnahme zur Einziehung befugt war.

§ 1130. Reinbeck 127, 138. Der Schwerpunkt des § 1130 liegt nicht darin, daß er den Versicherten selbst ausschließlich als den Empfangsberechtigten hinstellte, sondern in der Zweckbestimmung der Entschädigungssumme zur Wiederherstellung. Deshalb ist auch eine Beschlagnahme der Wiederherstellungsgelder im Wege der Mobiliarpfändung mit der Wirkung, daß sie auf den Rechtsnachfolger des Versicherten übergehen, zulässig. Dagegen z. B. Planck (3) Anm. 3 zu § 1130, wonach der HypGläubiger eine den Versicherungsbestimmungen entsprechende Zahlung gegen sich gelten lassen muß, auch wenn sie nicht an ihn erfolgt ist.

§ 1131. 1. Blessing, WürttZ. **05** 334. Das Wort „Rechte" im § 1131 kann sich nur auf Hypothekenrechte beziehen, denn andere Rechte werden von der Zuschreibung so wenig betroffen, wie von der Vereinigung.

2. OLG. **11** 332 (Königsberg). Der Eintritt in die Haftung erstreckt sich nicht auf die dem Hauptgrundstück aufliegenden Rechte anderer Art, als Hypotheken, Grund- und Rentenschulden, namentlich nicht auf die dort eingetragenen Reallasten.

§ 1132. 1. Biermann, R. **05** 265. Eine Gesamthypothek dient zur Sicherung nur einer Forderung, aber sie ist selbst eine Mehrheit von Hypotheken, und zwar sind so viele Hypotheken vorhanden, als Grundstücke belastet sind. Wenn auch eine Gesamthypothek nicht an dem einen Grundstück als Brief-, an dem anderen als Buchhypothek oder an dem einen als Verkehrs-, an dem

anderen als Sicherungshypothek und auch nicht auf dem einen Grundstück als Hypothek, auf dem anderen als Grundschuld eingetragen werden kann, so kann eine solche Vereinigung doch nachträglich eintreten, nämlich im Falle des § 1173 Abs. 2 — vgl. u. zu § 1173 — und bei Eintragung einer Zwangshypothek (ZPO. §§ 866 ff.) für eine Forderung, für die bereits eine Verkehrshypothek eingetragen ist.

2. KG., PosMSchr. **05** 129. Die Gesamthypothek ist eine einzige einheitliche Hypothek mit gleichartiger Belastung der mehreren verpfändeten Grundstücke für eine und dieselbe Forderung (KGJ. **22** A165, **25** A294, 298). Sie kann daher nicht auf dem einen Grundstücke für eine und auf dem anderen Grundstücke für eine andere Forderung bestehen.

3. KGJ. **30** A258, BreslauAK. **05** 21, ZBlFG. **6** 25 (KG.). Wenn eine Hypothek auf mehrere Bruchteile eines Grundstücks, die verschiedenen Personen zustehen, eingetragen wird, ist sie eine Gesamthypothek im Sinne des § 1132. Daraus folgt, daß die HypGläubiger wirksam die Löschung lediglich auf den Anteilen einzelner Miteigentümer bewilligen und diese als die verfügungsberechtigten Eigentümer ihrer Anteile die Löschung lediglich auf diesen Anteilen beantragen können. Vgl. KGJ. **27** A143, 146.

§ 1133. **RG.** BayRpflZ. **05** 348. Der § 1133 setzt die Gefährdung einer Hypothek voraus und kann auf den bloß persönlichen Anspruch auf Einräumung einer Hypothek nicht erstreckt werden. Der Verkäufer braucht aber, wenn auf dem erkauften Grundstücke nach dessen Übergabe, aber vor der Auflassung Gebäude abbrennen, die Auflassung nur zu bewilligen Zug und Zug mit der vereinbarten hypothekarischen Eintragung seiner Restkaufgeldschuld auf dem Grundstücke mit den von dem Käufer darauf neu zu errichtenden gleichartigen Gebäuden (BGB. § 323), dagegen kann er die Verpfändung der Brandversicherungsforderung nicht beanspruchen, da dadurch dem Käufer die Erfüllung seiner Verpflichtung, die Gebäude wieder aufzubauen, nahezu unmöglich gemacht würde.

§ 1138. **RG.** RheinNotZ. **50** 114. Ist die Forderung abgetreten, ohne daß der neue Gläubiger aus dem Grundbuch oder sonst von der Vereinbarung der Unabtretbarkeit der Forderung erfahren hatte, so kann der Eigentümer des Pfandgrundstücks als bloß dinglicher Schuldner gegen ihn aus der Vereinbarung der Unabtretbarkeit keine Einrede erheben.

§ 1143. 1. Wie JDR. **3** zu § 1143 auch KG., RJA. **5** 210. Vgl. u. Ziff. 1 zu § 1177.

2. *Tillich, JW. **05** 362, bekämpft die Ansicht von Turnau-Förster (2) I 701 Anm. II 4 und Fuchs I 462 Anm. II 3b, wonach, soweit der Nichtschuldner-Eigentümer den Gläubiger wegen des Kapitals, der Zinsen und der Kosten befriedigt, die Forderung kraft Gesetzes auf ihn übergeht. Er nimmt an, daß, selbst wenn der persönliche Schuldner dem Eigentümer gegenüber zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war, der Eigentümer wie für die Prozeßkosten — vgl. JDR. **2** zu § 1142 BGB. — auch für die Zwangsvollstreckungskosten dem Hypothekengläubiger gegenüber allein haftet, da er ein solches Verhalten hätte beobachten sollen, daß es der Zwangsvollstreckung nicht bedurfte. Die Verbindlichkeit des persönlichen Schuldners wird um diese Kosten nicht erweitert.

§ 1144. WürttJ. **17** 154 (Stuttgart). Der § 1144 besagt nicht, daß der Gläubiger eine Löschungsbewilligung, d. i. eine Erklärung über die Aufhebung der Hypothek gemäß §§ 1183, 875 Abs. 1 BGB. zu erteilen habe, vielmehr genügt eine öffentlich beglaubigte Quittung zum Nachweise des Erlöschens der Hypothek (BGB. § 368 Satz 2). Vgl. JDR. **3** Ziff. 5d zu § 1163 BGB.

§ 1147. OLG. **10** 419, BraunschwZ. **05** 108 (Braunschweig). Der Hypothekengläubiger kann sein dingliches Recht auf Befriedigung aus den mithaftenden Gegenständen, besonders den Miet- und Pachtzinsforderungen auch durch Mobiliarzwangsvollstreckung durchsetzen. Im Konkurse des Grundstückseigentümers kann jedoch der HypGläubiger sein Absonderungsrecht nur mittels Zwangsverwaltung geltend machen (ZVG. § 148).

§ 1152. KGJ. **30** A 236, RJA. **6** 63, OLG. **10** 444 (KG.). Wird ein Teil einer Briefhypothek unter Herstellung eines Teilhypothekenbriefs abgetreten, so bedarf es zur Eintragung der Abtretung der Vorlegung nicht nur des Teilbriefs, sondern auch des Stammbriefs, da auf diesem der Eintragungsvermerk durch Vermerk der Eintragung der Abtretung richtig zu stellen ist. AM. Jastrow, Formularbuch (14) II 170.

§ 1154. 1. Die JDR. **3** Ziff. 2 zu § 1154 erwähnte Entsch. des RG. findet sich auch in GruchotsBeitr. **49** 365.

2. KGJ. **29** A 179, OLG. **10** 422. Das GBA. darf die Umschreibung einer abgetretenen verzinslichen Hypothek ablehnen, wenn in der Abtretungserklärung der Zeitpunkt des Zinsenüberganges nicht klargestellt ist.

3. KGJ. **30** A 266. Ist eine für den Gemeinschuldner eingetragene Hypothek von ihm abgetreten und der Nachweis nicht erbracht, daß der neue Gläubiger sie vor Eröffnung des Konkursverfahrens oder nachher ohne Kenntnis dieser Eröffnung erworben hat, so darf sie nicht ohne Zustimmung des Konkursverwalters auf Grund der Bewilligung des neuen Gläubigers gelöscht werden, gleichviel, ob die Konkurseröffnung in das Grundbuch eingetragen ist oder nicht.

§ 1155. *Brachvogel, GruchotsBeitr. **49** 317 — gegen KG., JDR. **2** Ziff. 1 zu § 1155 —. Ein Erbfall unterbricht die zusammenhängende Reihe des § 1155 nicht. Auch ein durch formgerechte (öffentlich beglaubigte) Quittung nachgewiesener gesetzlicher Übergang entspricht dem § 1155, unterbricht also die Reihe des § 1155 nicht. — AM. K. Meyer, SeuffBl. **05** 162, gegen ihn Schönfeld a. a. O. 533. Vgl. auch Ziff. 3 u. 4 zu § 41 GBO.

§ 1159. KG., R. **05** 432. Abtretbar sind die einzelnen Zinsraten, nicht aber kann das Zinsgenußrecht abgetreten werden, da es als Nebenrecht der Hauptforderung von dieser untrennbar ist. Auch wenn einem Dritten ein Nießbrauch an der Forderung eingeräumt wird, ist die Umschreibung des Zinsgenußrechts auf den Berechtigten unstatthaft, da der Nießbrauch nur der Ausübung, nicht aber dem Rechte nach übertragbar ist (BGB. § 1059).

§ 1160. 1. OLG. **10** 420 (KG.). Verzichtet der Darlehnsschuldner bloß für seine Person auf Vorlegung des HypBriefs bei der Kündigung, so fehlt es, solange der Schuldner zugleich Eigentümer ist, an dem Wesen der Dinglichkeit, d. h. der Wirkung gegen Dritte. Veräußert er aber das Grundstück, so hat, selbst wenn die persönliche Verpflichtung in seiner Person bestehen bleibt, der Verzicht auf Vorlegung des Briefes seine Bedeutung verloren, da es dem persönlichen Schuldner gegenüber dieser Vorlegung überhaupt nicht bedarf, die Kündigung gegenüber dem persönlichen Schuldner auch den Eigentümer gar nicht berührt (BGB. § 1141). Die Bestimmung ist daher nicht eintragbar.

2. *Jaeckel, GruchotsBeitr. **49** 548, führt gegen Kretzschmar — JDR. **3** Ziff. 2 zu § 1160 — aus, daß der Beschluß des **RG. 57** 342 nur auf den Abs. 2 des § 1160 zu beziehen, für ihn (Kündigung und Mahnung) aber auch richtig sei, daß hingegen ein wirksamer Verzicht für den in Abs. 1 zu § 1160 geordneten Fall der Geltendmachung der Hypothek durch Klage nicht zulässig sei.

§ 1163. 1. Wesen der Eigentümergrundschuld. — **a)** *Güthe, GBO. 363. Ein Verfügungsrecht gleich dem des Gläubigers hat der Eigentümer erst mit dem Augenblick, in dem derjenige Rechtsakt wirksam wird, der den

Übergang der Hypothek auf den Eigentümer zur Folge hat. Andererseits aber ergibt sich vom Standpunkte des BGB. aus, das die Eigentümerhypothek fast durchweg eintreten läßt, wenn das Gläubigerrecht nicht entstanden oder erloschen ist, und aus der daraus herzuleitenden Auffassung, wonach der Eigentümer kraft Eigentumsrechts über die Hypothek verfügt, daß der Eigentümer, solange die Hypothek dem Gläubiger zusteht, ein bedingtes Recht an ihr hat. Hieraus würde an sich die Folgerung herzuleiten sein, daß der Eigentümer — in den Schranken, die durch die Bedingung gezogen sind, — über die zukünftige Eigentümerhypothek frei verfügen könnte, wenn nicht durch das Wesen und die Zwecke der Grundbucheinrichtung Einschränkungen geboten wären. Allerdings ist die Grundbucheinrichtung formeller Natur und kann daher im allgemeinen keinen Einfluß auf die Gestaltung des materiellen Verfügungsrechts haben. Da sich jedoch die Verfügung über ein Recht regelmäßig erst durch die Eintragung vollendet, so folgt, daß eine Verfügung da unzulässig ist, d. h. ein Verfügungsrecht da nicht bestehen kann, wo die Eintragung unzulässig ist. Hiernach ist zweifellos unzulässig die Aufhebung einer künftigen Eigentümerhypothek. Denn da die zu der Aufhebung nach § 875 BGB. notwendige Löschung die Hypothek vollständig aus dem Grundbuch entfernen würde, so würde durch sie ein unberechtigter Eingriff in das Recht des Gläubigers herbeigeführt werden. Weiter ist unzulässig die Abtretung der künftigen Eigentümerhypothek. Denn nach der Grundbucheinrichtung erscheint es ausgeschlossen, daß eine Hypothek gleichzeitig für zwei Gläubiger, deren Rechte einander ausschließen, eingetragen ist, eine Ausnahme wird durch die Anerkennung der Eigentümerhypothek nur für den Eigentümer selbst geschaffen. Endlich ist unzulässig die Inhalts- und Rangänderung der künftigen EH. Denn der Inhalt der Belastung kann nur ein einheitlicher sein. Dagegen steht nichts im Wege, Rechte Dritter, d. h. Nießbrauch und Pfandrecht, an der künftigen EH. im voraus zu bestellen und einzutragen. Denn die Eintragung eines solchen Rechtes, in der natürlich zum Ausdrucke gebracht sein muß, daß nicht das Recht des Gläubigers, sondern das künftige Recht des Eigentümers belastet ist, hindert weder eine weitere Verfügung des Gläubigers über das Recht, noch führt sie eine Unübersichtlichkeit des Grundbuchs herbei; wenigstens ist diese keine andere, als die, welche durch die Eintragung einer Vormerkung bezüglich der künftigen EH. gemäß §§ 883, 1179 BGB. entsteht. Hieraus folgt auch, daß die Pfändung einer künftigen EH. erfolgen kann und eintragungsfähig ist; sie erfolgt ebenso wie die Pfändung einer schon entstandenen EH. nach § 857 Abs. 6 ZPO., verlangt also bei Buchhypotheken Eintragung, bei Briefhypotheken außer dem Pfändungsbeschluß Übergabe des Briefes. — S. ferner Ziff. 3 zu § 40 GBO. — **b)** Nach Koch, Bay. RpflZ. **05** 457, gehört eine nach Konkurseröffnung entstandene Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners zur Konkursmasse, da der Gemeinschuldner mit der Eigentümergrundschuld nur sein bisheriges, dem Konkursverfahren unterstelltes Eigentum frei von einer auf ihm ruhenden Belastung erhält. — Sie gehört aber zum beweglichen Vermögen und kann daher nicht als zur Immobiliarmasse gehörig gepfändet werden. — **c)** Vgl. auch Ziff. 8 zu § 883 BGB. (Vormerkungen nicht Gegenstand der Eigentümergrundschuld), SeuffBl. **05** 744 (LG. München) — **d)** *du Chesne, R. **05** 644. Das bedingte Recht auf die Eigentümergrundschuld (bedingte, latente Eigentümergrundschuld) ist der zur Haftung für den Gläubiger abgeschiedene, aber noch nicht endgültig für dessen Forderung in Anspruch genommene Grundstückswertsanteil, konstruiert als dinglich verhafteter Wert für den Gläubiger und den Eigentümer als korrelate Berechtigte.

2. Eintragung einer noch nicht valutierten Hypothek. **a) RG.** R. **05** 681. Im Falle der nachträglichen Valutierung einer Hypothek

wird nicht die Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek nach § 1198 oder die Einschiebung einer anderen Forderung als Grundlage der Hypothek nach § 1180 vorgenommen, sondern die Eigentümergrundschuld, die nach § 1163 allerdings durch Eintragung einer noch nicht valutierten Hypothek zunächst entstanden ist, wird ohne weiteres durch die nachträgliche Valutierung wieder beseitigt, und von der Einschiebung einer anderen Forderung kann keine Rede sein, weil die Forderung dieselbe bleibt. — **b)** *Merckens, DNotV. **05** 552. Die Forderung ist dann nicht zur Entstehung gelangt, wenn sie in dem Zeitpunkte, wo sie nach der Parteivereinbarung entstehen sollte, nicht entstanden ist. Soll also ein seiner ganzen Höhe nach durch eine feste Hypothek gesichertes Darlehn in Raten gezahlt werden, so ist die Hypothek in Höhe der nicht fälligen Raten weder Gläubiger- noch Eigentümerhypothek, sondern es herrscht ein Schwebezustand, innerhalb dessen die Hypothek formell Gläubigerhypothek ist, in Wirklichkeit aber weder dem Gläubiger noch dem Eigentümer zusteht und beide vielmehr nur eine Anwartschaft auf die Hypothek haben (vgl. zu § 1190). — **c)** *Abraham, Holdheims MSchr. **05** 180, behandelt die nicht valutierte Baugelderhypothek und führt aus, daß der nicht durch Valuta belegte Teil der Hypothek als Eigentümergrundschuld hinter der Hypothek des Baugeldgebers zurücksteht (§ 1176) und sich äußerlich zwischen diese und die nachstehenden Hypotheken einschiebt, es müßte denn ausdrücklich vereinbart oder dem Parteiwillen zu entnehmen sein, daß die nachstehenden Hypotheken, die z. B. den Vorrang eingeräumt haben, sofort dem valutierten Teile der Hypothek im Range folgen sollen. Diese Rangbestimmung gilt dann auch gegenüber Gläubigern, die die Eigentümergrundschuld gepfändet haben. — **d)** **RG. 59** 313. Dem Gläubiger, für den eine Eigentümerhypothek gepfändet ist, steht das dafür unbeschränkt eingetragene Vorrecht nicht zu, wenn es nach der getroffenen Einigung nur soweit eingeräumt ist, als die Forderung zur Entstehung gelangt.

3. Amortisationshypotheken. **a)** Hirsch, GruchotsBeitr. **49** 766, wendet sich gegen die Ansicht von Kretzschmar — JDR. **2** Ziff. 3e zu § 1163 — und vertritt die Ansicht, daß bei den Amortisationsdarlehen der Hypothekenbanken der Grundstückseigentümer in Höhe der jedesmaligen Kapitalsabzahlung eine Eigentümergrundschuld erwirbt, ohne einen Anspruch auf die durch die Kapitalsverminderung ersparten, zur Tilgung verwandten Zinsen zu haben. — **b)** Kretzschmar, SächsA. **15** 249 hält seine frühere Ansicht — JDR. **2** Ziff. 3e zu § 1163 — aufrecht hinsichtlich der Amortisationshypothek im engeren Sinne, deren Eigenart darin besteht, daß die Tilgung des Kapitals durch einen Zuschlag zu den Zinsen zuzüglich der durch die allmähliche Herabminderung des Kapitals ersparten Zinsen erfolgt. Im Gegensatze zu Oberneck (3) I 821, dessen Buch er bespricht, nimmt er an, daß die Amortisationshypothek in dem dargelegten Sinne keine Zerlegung in den getilgten und den ungetilgten Teil zulasse und daß deshalb die Eigentümerhypothek bei ihr erst mit der völligen Tilgung der Forderung zur Entstehung gelange, und zwar in der Hand des letzten Eigentümers, weshalb bei einer Veräußerung des Grundstücks die teilweise Tilgung der Hypothek in der Weise berücksichtigt werden müsse, daß auf den Kaufpreis nur der ungetilgte Teil der Hypothek zur Anrechnung komme. — **c)** *Immler, DJZ. **05** 977. Ist Tilgung einer Hypothekenschuld durch in Form von Zinszuschlägen zu zahlende Tilgungsrenten vereinbart (Amortisationshypothek), so entsteht mit jeder Rentenzahlung eine Eigentümergrundschuld, die bei der Zwangsversteigerung geltend gemacht werden kann, die aber im Zwangsversteigerungsverfahren auch von Amts wegen berücksichtigt werden muß. — Der Hypothekenbrief, welcher nunmehr zugleich Grundschuldbrief wird, tritt gemäß

§ 952 BGB. in das Miteigentum des Gläubigers und des Grundeigentümers. Die Eigentümergrundschuld kann auf Antrag des Grundeigentümers gelöscht und sie kann von ihm auf Dritte übertragen werden, ohne daß er selbst als ihr Inhaber in das Grundbuch eingetragen war. Die Übertragung auf Dritte (auch die Rückübertragung auf den ursprünglichen Hypothekengläubiger) erfolgt gemäß § 1154 in Verb. mit § 1192 durch schriftliche Abtretungserklärung und durch Übergabe des Grundschuldbriefs d. h. eines zu bildenden Teilgrundschuldbriefs. Im Falle der Rückübertragung an den früheren Hypothekengläubiger (Krediterneuerung) kann die Bildung eines Teilgrundschuldbriefs vermieden und die Übergabe eines solchen ersetzt werden durch die Einigung der Beteiligen darüber, daß der Hypothekengläubiger wieder Alleineigentümer des Hypothekenbriefs sein soll (§§ 1154, 1117, 929 Satz 2). Die Übergabe an Dritte kann durch Abtretung des (durch Zahlung der Restschuld) bedingten Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefs erfolgen (§ 931). — **d)** Harnier, DJZ. **05** 591, bespricht die Schwierigkeiten, welche namentlich bei Amortisationshypotheken dadurch entstehen, daß diejenigen Teile der Hypothek, welche zurückgezahlt sind, nicht sofort zur Löschung gelangen oder auf den Namen des zahlenden Grundstückseigentümers umgeschrieben werden. Er meint, daß mit der Zahlung regelmäßig der Erwerb einer Eigentümergrundschuld nicht beabsichtigt werde, und daß es dem Willen der Parteien entspräche, wenn das Gesetz ihnen die aufgedrängte Eigentümergrundschuld im Falle der Weiterveräußerung des Grundstücks wieder abnähme. Er schlägt daher folgende Änderung des Gesetzes vor: „Beim Eigentumsübergang geht eine Eigentümergrundschuld, welche nicht als solche im Grundbuch eingetragen ist, kraft Gesetzes auf den neuen Eigentümer über".

4. **a)** Zschoche, ZBlFG. **5** 814, bekämpft die Entsch. des KG. — JDR. **3** Ziff. 2d zu § 1163 —, wonach der Käufer eines Grundstücks eine von ihm nach der Auflassung getilgte Hypothek auch schon vor seiner Eigentumseintragung als Eigentümergrundschuld erwirbt, da der Veräußerer nur obligatorisch verpflichtet sei, sich jeder dem Inhalte der Einigung zuwiderlaufenden Verfügung über das veräußerte Recht zu enthalten und der Veräußerer die Eigentümergrundschuld kraft Gesetzes selbst gegen seinen Willen erwerbe. — **b)** ZBlFG. **6** 339 (Dresden). Die Überschreibung einer Hypothek als Eigentümergrundschuld aus Anlaß der Tilgung der Forderung durch den noch nicht eingetragenen Grundstückserwerber ist zulässig, wenn sie ersichtlich in Erwartung der Eintragung des Erwerbers als neuen Grundstückseigentümers beantragt und diese Eintragung demnächst erfolgt ist.

5. OLG. **11** 114 (Colmar) zieht aus der herrschenden Ansicht, daß bei Ungültigkeit der Hypothekbestellung eine Eigentümergrundschuld nicht entsteht — JDR. **3** Ziff. 3 zu § 1163 —, die Schlußfolgerung, daß eine solche auch nicht entsteht, wenn eine Zwangshypothek unter Verletzung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung (z. B. wegen noch nicht fälliger Leistungen) eingetragen und daher ungültig ist. Außerdem ist nach § 868 ZPO. Voraussetzung des Entstehens der Eigentümergrundschuld der Erlaß einer richterlichen Entscheidung im Sinne der §§ 767—769 ZPO.

6. Pfändung der sog. Eigentümerhypothek und deren Eintragung. — **a)** Wie JDR. **3** Ziff. 5e auch RJA. **5** 270, OLG. **10** 338 (KG.), wo dahingestellt gelassen wird, ob auf Grund des Pfändungsbeschlusses, welcher dadurch, daß sich die Eintragung ins Grundbuch nicht sofort anschließt, nicht wirkungslos wird, später, nachdem die Eigentümerhypothek entstanden ist, die Eintragung erfolgen kann. Die Entstehung der Eigentümerhypothek ist urkundlich nachzuweisen. Vgl. KGJ. **22** A 171, **28** A 133, 137. — **b)** Wie JDR. **3** Ziff. 5f (**RG. 56** 185) wiederholt **RG. 59** 314, JW. **05** 81. — **c)** KGJ.

24 A 186 (KG.). Ist durch eine einheitliche Zahlung auf mehrere Hypotheken je ein Teil einer jeden zur Eigentümergrundschuld geworden, so darf, wenn die Eigentümergrundschulden gepfändet werden, die Eintragung der Pfändung nur erfolgen, wenn bei jeder Hypothek nachgewiesen wird, in welcher Höhe sie noch für den Gläubiger besteht und in welcher Höhe sie Eigentümergrundschuld geworden ist. — Das Recht des Eigentümerhypothekars auf Löschung der Eigentümerhypothek ist ohne gleichzeitige Pfändung der Hypothek nicht selbständig pfändbar. — **d)** BayObLG. 6 418, BayRpflZ. 05 350, R. 05 432, bejaht die Zulässigkeit der Eintragung der Pfändung der künftigen Eigentümergrundschuld. Der gegenwärtige Berechtigte wird in der Eintragung angegeben, in Ansehung des künftigen verweist die Eintragung auf die Eintragung des Eigentümers, durch die sie insoweit ergänzt wird. Damit ist der Vorschrift des § 40 GBO. Genüge geleistet. Unerheblich ist, daß der gegenwärtige Eigentümer die Hypothek nicht erwirbt, wenn er zu der Zeit, zu welcher sie Eigentümergrundschuld wird, nicht mehr Eigentümer ist, da er jedenfalls, solange er Eigentümer ist, der künftige Berechtigte ist. — **e)** Dagegen **KG.** RJA. 6 215, R. 05 622, JW. 05 731, ZBlFG. 6 519, BayRpflZ. 05 490, BayObLG. 6 425, BayNotZ. 05 129, DJZ. 06 82. Das Gesetz versteht unter dem Berechtigten im Sinne des § 40 GBO. einen endgültig und bestimmt, nicht nur einen eventuell Berechtigten, wie z. B. einen Nacherben oder den, der möglicherweise einmal später Eigentümerhypothekar wird. Eingetragen sind der HypGläubiger und der Grundstückseigentümer und für sie besteht die volle Vermutung des § 891 BGB., sie kann durch die bloße Möglichkeit späterer Entstehung einer Eigentümerhypothek, Nacherbschaft oder sonstiger eventuell Berechtigten nicht entkräftet werden, sondern nur durch den wirklichen Eintritt der Eigentümerhypothek, Nacherbschaft usw. Daraus folgt, daß die Eintragung solch bedingter Rechte als für den Grundbuchverkehr, insbes. für Widerlegung oder Begründung einer Vermutung zwecklos, unzulässig ist. Vgl. RJA. 5 270 (KG.). Dagegen RJA. 2 198 (Jena). Vgl. noch Güthe, GBO. 418, ferner JDR. 3 u. 4 zu § 857 ZPO. u. u. bei § 1184 und Ziff. 7 zu § 1190 BGB.

7. **RG.** 60 251, JW. 05 292, DJZ. 05 507, PosMSchr. 05 78. Die Vorschrift des § 1163 findet auf Grundschulden nicht entsprechende Anwendung, da nach § 1192 Abs. 1 die Vorschriften über die Hypothek auf die Grundschuld nur insoweit entsprechende Anwendung finden, als sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt. Die Erklärung des Grundschuldgläubigers, daß er Valuta nicht in voller Höhe gezahlt habe und daher die Grundschuld nur in Höhe der wirklich gezahlten Valuta gegen den Versteigerungserlös liquidiere, berechtigt daher den Eigentümer des Grundstücks oder denjenigen Eigentümer, der die Grundschuld bestellt hat, nicht, den vom Gläubiger liquidierten Betrag für sich zu liquidieren. Vgl. hierzu die Bemerkungen von Landsberg, PosMSchr. 05 78, du Chesne, BayRpflZ. 05 257 und Abraham, Holdheims MSchr. 05 180.

§ 1166. Wie OLG. 8 145 (Marienwerder) — JDR. 3 Ziff. 1 zu § 1166 — auch **RG.** BayRpflZ. 05 27, ZBlFG. 6 14 (Gleichstellung des beitretenden mit dem betreibenden Gläubiger).

§ 1170. KGJ. 30 A 269, RJA. 6 145 (KG.). Ist in dem Ausschlußurteil ein angemeldetes Recht vorbehalten, so ist die Löschung unzulässig, bevor nicht nachgewiesen wird, daß das vorbehaltene Recht nicht besteht. Vgl. JDR. 1 zu § 1170 BGB.

§ 1173. Abs. 2. Biermann, R. 05 266, hält die von ihm (Sachenrecht (2) 388) vertretene Ansicht aufrecht, daß die auf den befriedigenden Eigen=

tümer übergehende Hypothek an den anderen Grundstücken der Sicherung der Ersatzforderung dient und danach unter Umständen eine Verbindung von Hypotheken mit verschiedenen Forderungen zu einer Gesamthypothek eintritt. Er hebt aber hervor, daß eine Gesamthypothek mit einer Mehrheit von Forderungen begrifflich unmöglich und demgemäß das nach § 1173 Abs. 2 entstehende Rechtsverhältnis keine Gesamthypothek ist, als solche aber vom Gesetze fingiert wird.

§ 1176. 1. *Eugen Fuchs, DJZ. **05** 115, trägt folgenden Rechtsfall vor: G. hat auf dem Grundstücke des E. eine Hypothek von 6000 M., E. zahlt 2000 M. ab und tritt die Eigentümerhypothek von 2000 M. an H. ab. Unzweifelhaft rangieren diese 2000 M. gemäß § 1176 nach den 4000 M. des G. Was dann, wenn E. von den 4000 M. weiter 2000 M. abzahlt, die so erworbene Eigentümerhypothek an J. abtritt und schließlich die letzten 2000 M. abzahlt und die so erworbene Eigentümerhypothek an K. abtritt? Fuchs entscheidet den Fall dahin, daß H., J. und K. zu gleichem Rechte rangieren, indem er folgendes ausführt: Die §§ 1164, 1176, 1182 BGB. statuieren keine dingliche, jedenfalls keine unbeschränkte Änderung des Rangverhältnisses. Durch die Fassung, daß die dem Eigentümer usw. zufallende Hypothek nicht zum Nachteile der dem Gläubiger usw. verbleibenden Hypothek geltend gemacht werden könne (vgl. §§ 280, 426 Abs. 2, 774, 1143, 1150, 1607 Abs. 2 u. a.), ist zum Ausdrucke gebracht, daß an sich der getilgte Teil dem ungetilgten Reste im Range nicht nachsteht, daß aber die Eigentümerteilhypothek von ihrer an sich koordinierten Rechtsstellung gegenüber der Gläubigerhypothek so lange keinen Gebrauch machen darf, als es dieser zum Nachteile gereicht. Fällt auch die Resthypothek des Gläubigers dem Eigentümer zu, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb der später getilgte Teil einen Vorrang vor dem früher getilgten Teile haben soll.

2. Dagegen **a)** Oberneck, DNotV. **05** 270: Der Wortlaut der §§ 1164, 1176, 1182 besagt nicht, daß die dem Eigentümer oder dem persönlichen Schuldner zufallende Hypothek nicht zum Nachteile des Gläubigers, sondern besagt, daß sie nicht zum Nachteile der dem Gläubiger verbleibenden Hypothek oder der Hypothek des Schuldners und auch nicht zum Nachteile der übrigen Realrechte geltend gemacht werden darf. Die Teileigentümerhypothek wird demnach nicht in Beziehung zu der Person des Gläubigers, sondern zu der in seiner Hand verbleibenden Teilhypothek selbst und im Falle des § 1182 Satz 2 auch zu anderen Realrechten gesetzt. Wenn jene nicht zum Nachteile dieser geltend gemacht werden darf, so kann damit nur eine Rangverschiebung der beiden Teilposten gemeint sein. Es liegt kein Grund vor, den Fall anders zu behandeln, als wenn der Gläubiger (ohne den Umweg über die Eigentümerhypothek) die Hypothek an einen Dritten abtritt. — **b)** Ebenso *A. Fuchs, DJZ. **05** 253: § 1176 ordnet eine dinglich wirksame Rangänderung an, die nicht etwa nur bis zu dem Zeitpunkte besteht, in welchem die Resthypothek des Gläubigers ebenfalls zur Eigentümerhypothek werden wird, sondern so lange bestehen bleibt, bis sie durch Einigung und Eintragung in das Grundbuch wieder beseitigt wird. ➠ Ebenso Richter, ZBlFG. **5** 815 und Planck (3) III Anm. 3 zu § 1176. — Red. ⟵

3. Gegen die Ansicht zu 2 *Planck (Stuttgart), WürttZ. **47** 289 und ZBl. FG. **6** 52. Wäre die herrschende Ansicht richtig, so wäre die Konsequenz die, daß bei den in Württemberg sehr verbreiteten Zielerhypotheken (d. h. solchen Hypotheken, bei denen die zugrunde liegende Forderung in jährlich wiederkehrenden gleichen Teilbeträgen, z. B. in 30 Zielern von je 1000 M. auf 1. Januar 1908/37 zu tilgen ist) so viele Ranggeburten stattfinden müßten, als Zieler- (Teil-) Zahlungen vereinbart sind. Dabei würde die Fälligkeit der Teil- (Zieler-) Beträge im umgekehrten Verhältnisse zum künftigen Range stehen; die

am weitesten hinausgerückten Zieler würden den besten Rang erhalten, das letztfällige Ziel käme schließlich an die erste Stelle. Auf alle Fälle bringt die herrschende Ansicht den Fehler mit sich, daß sie über den allein beabsichtigten Schutz des ursprünglichen Gläubigers hinaus Nebenwirkungen sich entwickeln läßt, die das Schutzbedürfnis nicht verlangt, die sogar dem natürlichen Rechtssinne verwunderlich sind.

4. Aus der Praxis. **a**) Die JDR. **3** zu § 1176 abgedruckte Entscheidung des KG. befindet sich auch KGJ. **28** A 139. — **b**) KGJ. **29** A 179, OLG. **10** 422 (KG.). Überträgt der Gläubiger einen Teil der Briefhypothek an den Eigentümer und persönlichen Schuldner, so steht dieser Teil der Resthypothek im Range nach, es sei denn, daß der Abtretende ausdrücklich ein anderes über das Rangverhältnis bestimmt. Vgl. JDR. **2** zu § 1176. — **c**) KGBl. **05** 65 (KG.). Der § 1176 bezieht sich nicht auf den Fall, daß bei mehreren demselben Gläubiger gehörenden Hypotheken eingetragen werden soll, daß bei Zahlung eines Teiles dem gesamten Überreste der Hypotheken der Vorrang vor dem abgezahlten Teilbetrag einer Hypothek verbleiben soll. Zur Eintragung einer solchen Bestimmung genügt nicht die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, vielmehr muß die (bedingte) Vorrangseinräumung sowohl bei den gegebenenfalls zurücktretenden als auch bei den gegebenenfalls vortretenden Hypotheken eingetragen werden. Vgl. auch Ziff. 6 c zu § 1163.

§ 1177. 1. KGJ. **30** A 231, RJA. **5** 210 (KG.). Tritt ein Hypothekengläubiger, nachdem der Grundstückserwerber die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis erworben hatte, die Hypothek an diesen ab, so ist dem Umschreibungsantrage stattzugeben, das vorliegende Urkundenmaterial müßte denn ergeben, daß der Grundstückseigentümer persönlicher Schuldner ist, die Hypothek sich also in eine Grundschuld verwandelt hat (§ 1177 Abs. 1). Dies ist nur der Fall, wenn er entweder durch Vertrag mit dem Gläubiger (BGB. § 414) oder gemäß §§ 415, 416 durch Vertrag mit dem bisherigen Schuldner an dessen Stelle die Schuld übernommen hat. Der Umstand allein, daß der Eigentümer sich dem Schuldner gegenüber verpflichtet hat, ihn von der Schuld zu befreien, solange nicht die Genehmigung des Gläubigers (§§ 415, 416) nachgewiesen ist, steht dem Erwerbe der Forderung und der Hypothek (§ 1177 Abs. 2) nicht entgegen. Vgl. KGJ. **27** A 278, JDR. **3** zu § 1143 BGB.

2. **a**) KGJ. **29** A 179, OLG. **10** 422 (KG.). Tritt der Gläubiger einen Teil der Briefhypothek an den Grundstückseigentümer und persönlichen Schuldner ab, so wird die Teilhypothek erst dann zur Eigentümergrundschuld, wenn dem neuen Gläubiger entweder an dem HypBriefe Mitbesitz verschafft oder bei Herstellung eines Teilbriefs dieser übergeben ist. Letzterenfalls ist also kein Teilgrundschuldbrief, sondern ein Teilhypothekenbrief zu bilden. Die Hypothek wird durch ihre Vereinigung mit dem Eigentum ihrem Inhalt und ihrer rechtlichen Wirkung nach nicht völlig einer gemäß § 1196 bestellten Grundschuld gleich, vielmehr bleiben gemäß § 1177 Satz 2 in Ansehung der Verzinslichkeit usw. die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend. Die Eigentümerhypothek ist daher, wenngleich sie vom Gesetz als Grundschuld bezeichnet wird, doch als eine hypothekengleiche Belastung des Grundstücks aufzufassen, welche in ihrer rechtlichen Wirkung von der wirklichen Hypothek nur insoweit abweicht, als das Nichtbestehen einer Forderung und die Identität des Eigentümers mit dem Gläubiger es erfordern. Die Umschreibung der Teilhypothek in eine Grundschuld kann erst von dem neuen Gläubiger, nachdem er die Hypothek erworben hat, beantragt werden. Ebenso Güthe, GBO. 526. — **b**) Gegen diese Entscheidung Böhm, R. **05** 515, insbes. gegen die Auffassung, daß zwischen der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld rechtlich ein Unterschied bestehe. Er bestreitet da-

her auch, daß die Eigentümerhypothek erst mit der Übergabe des HypBriefs oder (bei der Buchhypothek) mit der Eintragung entstehe, knüpft den Übergang auf den Eigentümer vielmehr bereits an die Tatsache der Zahlung, der Nichtvalutierung oder des Verzichts.

3. Böhm, R. **05** 341, erachtet den Grundbuchrichter, wenn ihm eine die Abtretung einer Hypothek an den Grundstückseigentümer enthaltende Urkunde vorgelegt wird, für verpflichtet, die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld von Amts wegen im Grundbuche zu vermerken. Ist eine Personenmehrheit als Grundstückseigentümer eingetragen und hat einer der Eigentümer die Hypothek bezahlt und sich abtreten lassen, so unterscheidet er zwischen dem Miteigentum nach Bruchteilen und dem Eigentum zur gesamten Hand. Im ersteren Falle haftet jeder Miteigentümer in Höhe des ihm an dem Grundstücke zustehenden Bruchteils für die gemeinschaftliche, das ganze Grundstück belastende Hypothek persönlich, während in Höhe des Überschusses die Forderung auf ihn übergeht (BGB. § 426). In dieser Höhe bleibt daher die Hypothek als solche bestehen, während sie in Höhe des auf den Zahlenden selbst entfallenden Anteils Grundschuld wird. Bezahlt beim Miteigentum zur gesamten Hand einer der Miteigentümer die der Hypothek zugrunde liegende Forderung und läßt er diese auf sich selbst abtreten, so will er damit die Hypothek nicht für die Gemeinschaft, sondern für sich erwerben; in solchen Fällen ist daher die Hypothek als solche auf den Namen des betreffenden Miteigentümers im Grundbuch umzuschreiben. Dagegen Dennler, R. **05** 426 unter Bezugnahme auf OLG. **10** 422, o. Ziff. 2a.

§ 1178. K. Meyer, R. **05** 309, hält die auf Grund des bayerischen Hypothekenrechts eingetragenen Zinsen- und Kostenkautionen nicht für selbständige hypothekarische Belastungen des Grundstücks, sondern als Nebenleistungen im Sinne der §§ 1115 und 1178 BGB., welche in eine selbständige Sicherungshypothek nicht übergeleitet und daher nicht eigentümerhypothekfähig seien. Vgl. o. Ziff. 3 zu § 1118 BGB.

§ 1179. 1. Wie KGJ. **21** A 175 — JDR. **1** Ziff. 1 zu § 1179 — auch KG., RJA. **6** 164. (Vorlegung des Hypothekenbriefs zur Eintragung einer Vormerkung aus § 1179.)

2. OLG. **10** 425 (KG.). Dem § 1179 BGB. widerspricht nicht die Eintragung der Löschungsvormerkung bei einer Sicherungshypothek, soweit sie sich bisher mit dem Eigentum in einer Person vereinigt hat oder noch vereinigen wird (Verpflichtung unter einer uneigentlichen, auf ein gegenseitig subjektiv ungewisses Ereignis gestellten Bedingung), wohl aber eine Eintragung, welche die Verpflichtung zur Löschung ohne jede Rücksicht auf den Fall der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person ausspricht.

3. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 41. Eine Vormerkung auf künftige Abtretung der zufolge Befriedigung eines Vorhypothekars entstehenden Eigentümerhypothek ist unstatthaft.

4. Wegen der rechtlichen Behandlung der Vormerkung im ZwVerstVerfahren s. zu § 48 ZVG. Ziff. 2, vgl. auch Ziff. 4.

§ 1180. 1. **RG. 60** 259, JW. **05** 292. Der im § 1180 bezogene § 873 Abs. 2 macht nur die Bindung vor der Eintragung von der Beobachtung gewisser Formen abhängig; mit der Eintragung wird die formlose Einigung (z. B. die Einschiebung einer anderen Forderung in die für laufenden Kredit bestellte Sicherungshypothek) ebenfalls bindend.

2. Oberneck, DNotV. **05** 358 f. Nur innerhalb des Rahmens der bisher eingetragenen Forderung darf ein Ersatz durch eine andere Forderung eintreten, es ist daher unzulässig (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.), an die Stelle einer Forde-

rung eine höhere Forderung zu setzen, auch wenn im Grundbuche keine Hypotheken nacheingetragen sind.

3. RG. SeuffA. **60** 285. Sind der Eigentümer und Gläubiger über die nachträgliche Valutierung einer eingetragenen Hypothek einig, so wird nicht, wenn die Valutierung demnächst vor sich geht, die Umwandlung einer Eigentümergrundschuld in eine Hypothek nach § 1198 oder die Einschiebung einer anderen Forderung als Grundlage nach § 1180 BGB. vorgenommen, sondern die Eigentümergrundschuld, die nach § 1163 allerdings durch Eintragung einer noch nicht valutierten Hypothek zunächst entstanden ist, wird ohne weiteres durch die nachträgliche Valutierung wieder beseitigt, und von der Einschiebung einer anderen Forderung kann keine Rede sein, weil die Forderung dieselbe bleibt.

4. *Huth, ZBlFG. **6** 175. § 1180 erspart für den Fall des § 1168 (Verzicht auf die Hypothek unter Fortbestand der Forderung) den Umweg über §§ 1177, 1198. Es liegt eine der ausdehnenden Auslegung entzogene Sondervorschrift vor. ➵ Unter der Voraussetzung des § 1168 fingiert der Gesetzgeber, es sei die Grundschuld nicht zur Entstehung gelangt, die Verbindung zwischen Pfandrecht und Forderung sei nicht unterbrochen worden, und zwar deshalb nicht, weil nur ein Wechsel zwischen alter und neuer Forderung stattgefunden habe, die alte Forderung aber im übrigen von diesem Wechsel völlig unberührt geblieben sei. § 1180 setzt also voraus, daß die alte Forderung nach Verlust der an die neue Forderung abgegebenen pfandrechtlichen Sicherung außerhalb des Grundbuchs weiterbesteht. Würde die alte Forderung erlöschen, z. B. durch Befriedigung des Gläubigers, so würde die Fiktion nicht aufrechterhalten werden können. Denn wenn die Forderung erlischt, wird die Verbindung zwischen ihr und dem Pfandrecht und damit die Verbindung zwischen Pfandrecht und Forderung überhaupt endgültig aufgehoben. Und zwar so, daß das dingliche Recht sich aus der Hypothek in die von der Forderung losgelöste Grundschuld des Eigentümers umwandelt (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1). Diese Eigentümergrundschuld kann zwar ihrerseits ebenfalls mit einer Forderung verbunden und es kann so die Hypothek wiederhergestellt werden. Dies ist jedoch nur auf dem Wege der §§ 873, 1154, 1192, 877, 1198 möglich. ⬻ Vgl. auch zu § 1198 Ziff. 2.

5. Wegen Anwendbarkeit des § 1180 auf Höchstbetragshypotheken s. Ziff. 2 zu § 1190 BGB.

§ 1181. Wie Eccius — JDR. **3** Ziff. 1 zu § 1181 — auch OLG. **11** 137 (Kassel), SeuffA. **61** 45, gegen RG. **55** 416. Mit dem Erlöschen der Grundstückshypothek hört ihre Wirksamkeit gegenüber einem früheren Zubehörstücke des Grundstücks auf, wenn diese nicht schon vor dem Erlöschen der Hypothek Gegenstand einer dinglichen Klage oder einer Beschlagnahme zugunsten des HypGläubigers geworden ist. Eine selbständige Verfolgung einer zu Recht gelöschten und untergegangenen Hypothek bezüglich beweglicher Sachen, welche mit dem Grundstücke gehaftet haben, ist unmöglich. Vgl. hierzu die Bemerkungen von Fuchs, ZBlFG. **6** 161.

§ 1183. MecklZ. **24** 30 (Rostock). In der Abtretung einer mit Zinsen zu vier v. H. eingetragenen Hypothek „mit den jetzt zu $3\frac{1}{2}$ v. H. laufenden Zinsen" ist nicht ohne weiteres der Antrag auf Löschung der Zinsdifferenz enthalten; jedenfalls kann zu der beantragten Umschreibung die Zustimmung des Eigentümers (GBO. § 27) nicht gefordert werden.

§ 1184. 1. BadRpr. **05** 329 (Karlsruhe). Ein dem Unternehmer eines Bauwerkes vor dessen Vollendung für den vollen vereinbarten Preis bewilligte Sicherungshypothek ist nicht eine Höchstbetragshypothek, sondern eine gewöhnliche

Sicherungshypothek für die vertragsmäßige Forderung, die ihrerseits unter der Bedingung der Herstellung des Werkes steht.

2. R. **05** 134 (Jena). Die zukünftige Eigentümerhypothek, welche gemäß § 1163 BGB. für den Fall entsteht, daß der Gläubiger rücksichtlich des Anspruchs befriedigt wird, für den eine Sicherungshypothek bestellt ist, ist ein pfändbares Recht, da es sofort mit dem Eintrage der Sicherungshypothek entsteht.

§ 1186. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 39. Ist der Anspruch auf Einräumung einer Hypothek vorgemerkt, so kann der Gläubiger beim Nachweis entsprechender Modifikation des Anspruchs später unmittelbar die Eintragung einer Grundschuld (Rentenschuld) begehren — und umgekehrt —; vorheriger Umschreibung der Hypothekenvormerkung in eine Grundschuldvormerkung oder in eine Definitivhypothek bedarf es nicht.

§ 1187. Giel, BayRpflZ. **05** 506 hebt hervor, daß kaufmännische Verpflichtungsscheine (HGB. § 363 Abs. 1 Satz 2), wenn sie die Grundlage einer Hypothekbestellung nach § 1187 bilden sollen, eigenhändig unterschrieben sein müssen, da für sie nicht, wie im § 793 Abs. 2 Satz 2 BGB. bei Inhaberschuldverschreibungen, mechanische Vervielfältigung der Unterschrift zugelassen ist.

§ 1189. 1. KGJ. **30** A 284, RJA. **6** 162 (KG.). Ist eine Inhaberhypothek in der Art bestellt, daß nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt wird (§ 1190), so findet auch auf sie § 1189 hinsichtlich der Bestellung eines Vertreters für den jeweiligen Gläubiger Anwendung. Zum Vertreter kann auch der ursprüngliche Gläubiger der Hypothek bestellt werden. Ist durch die Eintragung für die Inhaber der Schuldverschreibungen die Hypothek zu entsprechendem Teile erworben, so bedarf es zur nachträglichen Bestellung eines Vertreters der Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und den legitimierten Inhabern der Teilschuldverschreibungen (§ 873).

2. BayObLG. **6** 704, SeuffBl. **05** 151. Nach bayerischem HypRecht ist nur bei Inhaberhypotheken (Art. 18 G. v. 18. 3. 96) die Bestellung eines Vertreters im Sinne des § 1189 BGB. als eine zum Inhalte der Hypothek gehörende Bestimmung möglich und kann auf einseitigen Antrag des die Hypothek bestellenden Eigentümers in das HypBuch eingetragen werden.

§ 1190. 1. *Merckens, DNotV. **05** 543. Ist eine Höchstbetragshypothek zur Sicherheit eines Bankkredits bestellt worden, so haben die auf dem Konto des Kunden durch Einzahlungen und Abhebungen fortwährend eintretenden Veränderungen keinen Einfluß auf den Bestand der Hypothek als Gläubigerhypothek. Durch Rückzahlungen des Kunden entstehen insbesondere keine Eigentümerhypotheken; denn die durch die Hypothek gesicherte Forderung gelangt erst mit der Feststellung des Schlußsaldos zur Entstehung, ein die Eigentümerhypotheken hervorrufendes Erlöschen der Forderung durch Rückzahlungen kann vorher also nicht eintreten.

2. *Huth, ZBlFG. **6** 175. § 1180 findet auch auf die Höchstbetragshypothek des § 1190 Anwendung, aber nur unter seinen sonstigen Voraussetzungen. Durch die Möglichkeit, daß bei der Begründung der Höchstbetragshypothek ein in stetem Flusse befindlicher Inhalt der Hypothek nicht nur dem Betrage, sondern auch dem Grunde der Forderung nach vorbehalten werden kann, wird die einheitliche Natur der Hypothek und des durch sie gesicherten Schuldverhältnisses, also der ursprüngliche Inhalt des einmal begründeten Rechtes nicht berührt. Es ist daher auch für die Höchstbetragshypothek durch § 1180 nur ein Wechsel des gesicherten Schuldverhältnisses, nicht eine Häufung der gesicherten Schuldverhältnisse zugelassen, eine Erweiterung ist sowohl auf der

Gläubigerseite (dagegen KGJ. **22** A 160, — JDR. **1** Ziff. 4a —) als auf der Schuldnerseite unzulässig.

3. *Erlanger, Holdheims MSchr. **05** 10. Durch Abtretung einer für einen Kredit bestellten Höchsthypothek (Kredithypothek) geht diese nur in der Höhe auf den neuen Gläubiger über, in welcher eine Forderung des bisherigen Gläubigers aus dem Kreditverhältnisse zur Zeit der Abtretung begründet war. Will der neue Gläubiger auch für seine nach der Abtretung aus der weiteren Kreditgewährung erwachsenden Forderungen in der Hypothek Sicherheit finden, so kann dies stets — also auch im Falle des Überganges der Hypothek durch Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften — nur durch Auswechselung der Forderungen gemäß § 1180 BGB., also nur unter Zustimmung des Eigentümers geschehen.

4. BayObLG. **6** 105, BayRpflZ. **05** 204, R. **05** 194, SeuffBl. **05** 298 (bayerisches Recht). In ein Kreditverhältnis, das in der Weise vereinbart worden ist, daß der Kreditgeber eine Verpflichtung zur Kreditgewährung nicht übernommen hat, kann durch Vereinbarung mit den beiden Beteiligten ein Dritter als Kreditgeber mit der Wirkung eintreten, daß die für den zu gewährenden Kredit bestellte Sicherungshypothek dem Dritten für den von ihm zu gewährenden Kredit abgetreten wird.

5. Wie **RG.** JW. **03** Beil. 105 — JDR. **2** Ziff. 2 zu § 1190 — (auch abgedruckt **55** 217) wiederholt **RG.** ZBlFG. **6** 17, JW. **05** 434, mit folgendem besonderen Tatbestande: Ein Hypothekengläubiger hatte einer für Baugelder bestellten Sicherungshypothek den Vorrang eingeräumt, deren endgültige Höhe erst, nachdem die Grundstückseigentümerin in Konkurs verfallen war, durch Abrechnung mit dem Konkursverwalter festgestellt wurde. Der Hypothekengläubiger, welcher den Vorrang eingeräumt hatte, hat bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks den von dem Gläubiger der Sicherungshypothek nicht in Anspruch genommenen Teil der Sicherungshypothek für sich in Anspruch genommen, und das RG. hat den Anspruch auf Grund des § 812 Abs. 1 BGB. (Bereicherung) als begründet erachtet, indem es ausführt, daß der Hypothekengläubiger nur Baugeldern den Vorrang habe einräumen wollen und die Konkursmasse sich auf seine Kosten bereichern würde, wenn sie den nicht valutierten Teil der Eigentümergrundschuld für sich beanspruche.

6. **RG.** **60** 243, JW. **05** 291, R. **05** 252. Unbedenklich kann eine Höchstbetragshypothek mit Wirkung gegen die Nachgläubiger dahin in eine gewöhnliche Hypothek umgewandelt werden, daß der Höchstbetrag als Kapital festgesetzt und außerdem eine Verzinsung dieses Betrags mit fünf v. H. vereinbart wird (vgl. Turnau-Förster (2) I 816). Ebenso wirksam ist bei Eintragung einer zu fünf v. H. verzinslichen Darlehnshypothek die Vereinbarung, es solle auf die Hypothek keine bare Darlehnsvaluta gegeben werden, sondern die Hypothek nach Art einer Höchstbetragshypothek bis zum Höchstbetrage des Kapitals und der fünfprozentigen Zinsen für Ansprüche aus dem Kontokurrentverkehre haften. Die Schaffung einer gewöhnlichen (Verkehrs-)Hypothek zu dem Zwecke, damit sie für das innere Verhältnis der Kontrahenten zueinander lediglich die Funktion einer Höchstbetragshypothek versehe, läuft dem Wesen der gewöhnlichen Hypothek nicht zuwider. Ebenso *Merckens, DNotV. **05** 552 mit folgendem Zusatz: Auch ist hier das Entstehen von Eigentümerhypotheken während des Kreditverhältnisses ebenso ausgeschlossen, wie bei der regelrechten Höchstbetragshypothek — dagegen Oberneck, DNotV. **04** 75 —, denn auch hier ist der für den Bestand der Forderung maßgebende Zeitpunkt die Beendigung des Kreditverhältnisses.

7. Eintragung der Pfändung einer Höchstbetragshypothek. — **a)** KGJ. **30** A 243, DJZ. **05** 460 (KG.). Bestellt der Grundstückseigentümer

einem Dritten für eine der Existenz und dem Betrage nach unbestimmte Forderung eine Höchstbetragshypothek, so erlangt er nach § 1163 das Recht, daß, soweit die Forderung für den Dritten nicht zur Entstehung kommt, die Hypothek als Eigentümergrundschuld auf ihn übergeht, also einen in seiner Grundlage bereits bestehenden, aber in seiner Existenz noch bedingten Anspruch. Dieses Recht ist aber wie abtretbar, so auch pfändbar (**RG. 51** 116, **56** 14). Allein damit ist die Frage nicht entschieden, ob die Eintragung der Abtretung oder Pfändung im Grundbuche zulässig ist, ohne welche allerdings dingliche Wirkungen selbst bei der Pfändung nicht eintreten (**RG. 55** 378, **56** 13). Das bedingte Recht des Grundstückseigentümers auf Erwerb der Eigentümerhypothek ist weder selbst dinglich, denn es steht dem Besteller der Hypothek persönlich, nicht dem jeweiligen Grundstückseigentümer zu, noch ist es ein Recht an der Hypothek, welches mit der Feststellung, daß die der Höchstbetragshypothek zugrunde gelegte Forderung weder entstanden ist, noch auch fernerhin entstehen kann, zwar hervortritt, ohne daß es schon vorher, wenn auch nur latent, vorhanden wäre. Vielmehr kommt nach § 1163 die Eigentümerhypothek mit jenem Zeitpunkt erst zur Entstehung, bis dahin hat der Grundstückseigentümer nur ein persönliches Recht, daß die Hypothek beim Ausfalle der Forderung ihm als Eigentümerhypothek zufällt. Vorher kann er mit sachenrechtlicher Wirkung über die zukünftige Eigentümerhypothek nicht verfügen. Mehr Rechte, als der Grundstückseigentümer selbst hat, kann aber ein Pfandgläubiger nicht erwerben. Dann aber kann die Pfändung ebensowenig eingetragen werden, wie eine freiwillige Verfügung, da die Pfändung allein keine dingliche Wirkung hat. — **b)** Dagegen *du Chesne, DJZ. **05** 803. Das Recht des eine Höchsthypothek bestellenden Eigentümers, daß die Höchsthypothek, soweit eine Forderung für den Gläubiger nicht zur Entstehung kommt, auf ihn als Eigentümergrundschuld übergeht, ist kein obligatorischer Anspruch, sondern ein schon von Bestellung der Hypothek an bestehendes dingliches Recht, von dem nur zunächst ungewiß ist, wem es zusteht. Die Natur dieses Rechtes ergibt sich aus folgendem: Das verpfändete Rechtsgut bei der Hypothek ist der Tauschwert des Grundstücks bzw. ein Teil davon. Er ist schon mit Bestellung der Hypothek als vom Grundstück abgetrenntes, dem Eigentümer zustehendes Rechtsgut zu denken. Bis zum endgültigen Ausfall einer Gläubigerforderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 1) ist ungewiß, ob der Gläubiger das ihm verpfändete Rechtsgut als procurator in rem suam des Eigentümers wird realisieren (in Geld umsetzen) dürfen, oder ob die Pfandbeziehung zwischen Gläubigerforderung und Tauschwertteil durch deren endgültige Nichtentstehung gelöst werden, damit aber der Tauschwertsanteil selbständiges Rechtsgut (Grundschuld) werden und nunmehr dem Eigentümer frei vom Pfandrechte zustehen wird.

8. **RG.** R. **05** 618, 622, JW. **05** 731, BayNotZ. **05** 129. Die auf Grund des früheren bayerischen HypRechts eingetragenen Zinsen- und Kostenkautionen sind nunmehr Sicherungshypotheken für einen Höchstbetrag nach § 1190, deren Wesen der Entstehung von Eigentümerhypotheken daran nicht entgegensteht. Ebenso BayObLG., R. **05** 432. Vgl. o. Ziff. 3 zu § 1118.

Zweiter Titel. Grundschuld. Rentenschuld.

I. Grundschuld.

§ 1191. 1. *Merckens, DNotV. **05** 563. Der Besteller einer Grundschuld kann gleichzeitig die persönliche Haftung für die Grundschuld übernehmen, eine Art Garantie für die Bonität der Grundschuld.

2. **RG. 60** 248, R. **05** 681. Dem Gläubiger steht die Vermutung des Bestehens der Grundschuld in der im Grundbuch angegebenen Höhe bis zur Führung des Gegenbeweises zur Seite (BGB. § 891). — Im Einzelfalle kann aber

trotzdem der Grundschuldgläubiger genötigt sein, sich einem ähnlichen Nachweise zu unterziehen, wie der Gläubiger einer Sicherungshypothek (BGB. §§ 1184, 1190), nämlich dann, wenn die Grundschuld mit einer Forderung, deren Höhe bei der Begründung der Grundschuld noch nicht feststand, in Verbindung gebracht ist und der Streit über das Bestehen oder die Höhe der Forderung unter den bei der Bestellung der Grundschuld beteiligten Personen sich erhebt. Dann soll nach dem anzunehmenden Willen der Beteiligten die Grundschuld nur in der künftig zu ermittelnden Höhe der Forderung geltend gemacht werden dürfen, und dieser Wille gilt unter den ursprünglich Beteiligten derart, daß die Berufung des Gläubigers auf die Vermutung, die sich aus dem Glauben des Grundbuchs ergibt, versagen muß.

§ 1192. Wegen Nichtanwendbarkeit des § 1163 BGB. auf Grundschulden s. Ziff. 7 zu § 1163 BGB.

§ 1195. **RG. 59** 381, JW. **05** 139, DNotV. **05** 724. Auf Grundschuldbriefe auf den Inhaber findet auch der § 795 BGB. Anwendung (s. o. zu § 795). Durch Aushändigung des Briefes an den Eigentümer des Grundstücks oder an den von diesem bezeichneten Nehmer bringt der Grundbuchrichter den Brief noch nicht in Verkehr und macht sich insbes. nicht strafbar (§ 145a StGB., EGBGB. Art. 34 Nr. IV), der Grundbuchrichter darf aber eine ordnungswidrige Eintragung nicht vornehmen und einen unwirksamen Grundschuldbrief nicht erteilen. Durch nachfolgende staatliche Genehmigung wird nur eine Ordnungswidrigkeit geheilt, der Grundbuchrichter muß aber mit der Möglichkeit rechnen, daß der Brief ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangt und der Nehmer des Briefes zu Schaden kommt. Die Meinungen über vorstehende Fragen sind aber geteilt — vgl. JDR. **1** Ziff. 2 zu § 1195 BGB. —, und wenn sie sich jetzt zu klären beginnen, so kann einem Grundbuchrichter, der sich fast unmittelbar nach dem Inkrafttreten des BGB. vor die Fragen gestellt sah, der Vorwurf der Verletzung einer Amtspflicht nicht gemacht werden, daher auch keine Haftpflicht des Staates aus § 12 GBO. (s. o. § 839 Ziff 4 a).

§ 1197. Abs. 2. **RG. 60** 359, JW. **05** 341, DJZ. **05** 601. Die Zinsen einer Eigentümerhypothek können gegen die Zwangsversteigerungsmasse nicht liquidiert werden. Dies gilt auch, wenn die Hypothek einem Dritten verpfändet ist, da der Pfandnehmer in der Zwangsversteigerung nicht mehr Rechte und den übrigen Beteiligten gegenüber keine andere rechtliche Stellung als der Verpfänder hat.

§ 1198. 1. LG. Danzig, PosMSchr. **05** 86. Auch ein Teil einer brieflosen Höchstbetragshypothek (BGB. § 1190) kann in eine Grundschuld umgewandelt werden, während der Rest als Sicherungshypothek bestehen bleibt. Der in diesem Falle zu bildende Grundschuldbrief (BGB. §§ 1116, 1192) ist kein Teilbrief im Sinne des § 61 GBO., da ein solcher einen bereits bestehenden Brief voraussetzt, sondern ein Brief über einen Teil der ursprünglichen Hypothek, der gemäß §§ 56, 57, 70 GBO. zu bilden ist.

2. *Huth, ZBlFG. **6** 327. Zur Umwandlung der Grundschuld, die der Eigentümer durch Befriedigung des alten Gläubigers erworben hat, in eine Hypothek für die Forderung des neuen Gläubigers ist die Bewilligung des Eigentümers und des neuen Gläubigers erforderlich. Denn da § 1198 Identität des am umzuwandelnden Rechte Berechtigten, des Gläubigers, voraussetzt, liegen materiell-rechtlich außer der Umwandlung der Hypothek des alten Gläubigers in die Grundschuld des Eigentümers zwei Rechtsänderungen vor, nämlich Einigung nach §§ 873, 1154, 1192 (Übertragung der Grundschuld des Eigentümers an den in Aussicht genommenen Gläubiger) und Einigung nach §§ 877, 1198 (Umwandlung der nunmehr dem Dritten zustehenden Grundschuld in die Hypothek für

dessen Forderung). Betroffene im Sinne des § 19 GBO. sind also sowohl der Eigentümer als der neue Gläubiger. Vgl. dazu IDR. **1** Ziff. 1 zu § 1198 BGB.

Neunter Abschnitt. Pfandrecht an beweglichen Sachen und an Rechten.

Erster Titel. Pfandrecht an beweglichen Sachen.

Literatur: Geißmar, Das Niederlage-Regulativ nach dem Bundesratsbeschlusse vom 5. 7. 88 und die §§ 1205, 1206 BGB., PucheltsZ. **05** 177 ff. — Oppenheimer, Über das Pfandrecht an Rechten, BankA. **4** 57. — Thal, Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrechte an Forderungen, Heft 15 von Leonhards Studien zur Erläuterung des BGB. Breslau 1905. — Ziese, Sicherungsübereignung oder Pfandrecht? DNotV. **05** 648—651.

§ 1205. 1. Sicherungsübereignung (IDR. **3** Ziff. 1 und o. Ziff. 1 zu § 117 und Ziff. 2 zu § 930). *Ziese erörtert die vielen Mängel der heutigen Form der fiduziarischen Rechtsgeschäfte, wie sie als Ersatz der verbotenen Mobiliarhypothek ausgebildet ist, und weist auf ein früheres partikularrechtliches (schleswig-holsteinisches) Institut, die sogenannten „Personalfolien" als zu erwägende Abhilfe hin.

2. Abs. 2. *Geißmar, PuchelsZ. **05** 177 (auf Grund des Urteils eines badischen LG). Das Niederlage-Regulativ nach dem Bundesratsbeschlusse vom 5. 7. 88 enthält die Bestimmung, daß das Zollamt zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Ware an den Inhaber des Niederlagsscheins herauszugeben. Demnach ist der Niederlagsschein kein indossables Dispositionspapier; solcher ist vielmehr nur ein qualifiziertes Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB. Hieraus folgt, daß bei Verpfändung einer bei dem Zollamte lagernden Ware die Vorschrift des § 1205 Abs. 2 zu beobachten und die Verpfändung seitens des Schuldners dem Zollamt anzuzeigen ist. Eine Verpfändung gemäß § 1205 Abs. 1 ist nicht möglich, weil der Schuldner den Besitz der Ware nicht hat. Der unmittelbare Besitz steht dem Zollamte zu; der Schuldner hat nur mittelbaren Besitz

3. **a)** **RG. 59** 146, GruchotsBeitr. **49** 840, IW. **05** 290. Es ist nicht notwendig, daß die zur Entstehung des rechtsgeschäftlichen Pfandrechts nötigen Tatbestandsmerkmale Einigung und Übergabe zeitlich zusammenfallen, weshalb auch eine noch nicht im Besitze des Verpfänders befindliche Sache dergestalt verpfändet werden kann, daß das Pfandrecht erworben wird, sobald der Verpfänder Besitzer geworden ist, und nunmehr den Besitz auf den Gläubiger überträgt. — **b)** OLG. Stuttgart, WürttZ. **17** 193 ff. Die Verpfändung von in einem verschlossenen Raume lagernden Waren ist rechtswirksam auch dann vollzogen, wenn der Verpfänder von mehreren, zur Öffnung des Raumes geeigneten Schlüsseln dem Gläubiger nur einen aushändigt.

§§ 1205, 1206. OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 34. Das zur Entstehung des Pfandrechts bestehende Erfordernis der Übergabe kann nicht dadurch ersetzt werden, daß die Sache nachträglich von dem Gläubiger in Alleinbesitz genommen wird, wenn diese Übernahme wider und ohne Willen des Verpfänders erfolgt ist.

§ 1207. OLG. Frankfurt, FrankfRundsch. **39** 144. Der § 1207 findet auf das Pfändungspfandrecht keine Anwendung.

§ 1227. OLG. **10** 127 (KG.). Die Vermutung der §§ 1227, 1006 gilt nicht im Verhältnisse des Pfandgläubigers zum Eigentümer.

§ 1247. *M. Wolff, Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache 12—24. Satz 2 gilt auch für den Erlös aus einer dem Vollstreckungsschuldner nicht gehörigen beweglichen Sache.

§ 1251. Abs. 2. *Koban 37 (s. o. zu § 579). Bei wiederholter Veräußerung des Pfandes gilt das gleiche wie im Falle des § 579 BGB.

Zweiter Titel. Pfandrecht an Rechten.

§§ 1273 ff. RG. JW. **05** 691. Im allgemeinen wird die Anwendung der im § 1244 über die entsprechende Anwendung der §§ 932—934, 936 enthaltenen Vorschrift auf das Pfandrecht an Rechten ausgeschlossen durch den § 1277 Satz 1; Raum für ihre Anwendung ist aber gegeben, wo ausnahmsweise die Befriedigung aus dem Pfandrecht an einem Rechte im Wege des Verkaufs dieses Rechtes erfolgt.

§ 1274. 1. RG. 5. 7. 04, GruchotsBeitr. **49** 101. Zur Verpfändung einer Forderung bedarf es nicht einer Zessionserklärung als des gemäß § 1274 Rechtsübertragung wirkenden Aktes, es genügt vielmehr Verpfändungserklärung, weil nur die Wahrung der für die Übertragung des Rechtes geltenden Vorschriften verlangt wird.

2. **a)** RG. 28. 9. 04, GruchotsBeitr. **49** 366. Die Verpfändung eines Hypothekenbriefs ergreift nicht nur nicht die Hypothekenforderung, sondern sie hat überhaupt keine Pfandwirkung, auch nicht hinsichtlich des Hypothekenbriefs (§ 1154). — **b)** OLG. Colmar, ElsLothNotZ. **05** 84. Die Verpfändung einer Hypothek zur Sicherung eines dem Hypothekengläubiger eingeräumten, nicht begrenzten Kredits ist in das Eigentumsbuch einzutragen, wenn auch die zu sichernde Forderung nicht ziffermäßig feststeht. — **c)** RG. BayRpflZ. **05** 430. Es ist im wesentlichen Auslegungsfrage, ob eine Urkunde eine wirkliche Hypothekenverpfändung oder nur eine Faustpfandbestellung am Hypothekenbriefe enthält. — **d)** OLG. **10** 128 (Breslau). Das Pfandrecht an einer Hypothek geht bei deren Erlöschen infolge Zwangsversteigerung kraft Gesetzes und auch ohne Eintragung auf die an die Stelle der Hypothek tretende Sicherungshypothek über.

§§ 1274, 1275. Über die Anwendung des § 407 auf das Pfändungspfandrecht s. o. § 407 Ziff. 2.

§ 1276. OLG. **10** 177 (KG.). Unter den § 1276 fällt auch die Aufhebung eines Rechtes, welche anderenfalls als Folge eines nicht direkt hierauf gerichteten Rechtsgeschäfts eintreten würde.

§ 1277. *Oppenheimer, BankA. **4** 57/58. Eine Vereinbarung über abweichende Realisierung des verpfändeten Rechtes kann nicht dahin gehen, daß dem Pfandgläubiger der freihändige Privatverkauf erlaubt sein soll, vielmehr ist dieselbe nur gültig, wenn der Verkauf unter Beobachtung der Bestimmungen über den Pfandverkauf an beweglichen Sachen, wie solche in den §§ 1233 ff. BGB. näher aufgeführt sind, stattfinden soll. Der Verkauf selbst kann auch in Preußen durch einen Gerichtsvollzieher erfolgen, trotzdem die „Preußische Geschäfts-Anweisung für Gerichtsvollzieher" eine Vorschrift über den Verkauf von verpfändeten Rechten nicht enthält, denn die Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers ist durch das Reichsrecht (§ 383 Abs. 3 BGB.) bestimmt, derselbe darf daher einen diesbezüglichen Antrag nicht ablehnen.

§ 1279. *Thal 1 ff. Das Forderungspfandrecht ist ein rein persönliches Recht, entstanden aus der Forderung des Verpfänders im Wege einer — durch den einem jeden Pfandrecht eigenen Sicherungs- und Befriedigungszweck individualisierten, also — materiell-rechtlich beschränkten Zession (84). Die Unterstellung unter einen besonderen Rechtsbegriff: Recht am Recht" wird abgelehnt (33—52). Eine absolut wirksame Verhaftung des Pfandgegenstandes findet nicht statt (45 ff.).

§ 1280. 1. RG. 5. 7. 04, GruchotsBeitr. **49** 102. Die nach § 1280 zur Verpfändung erforderliche Mitteilung durch den Gläubiger ist keine bloße Kenntnisgabe, sondern ein Verfügungsakt, bei dem aber der Wille nur dahin hervortreten muß, die Verpfändung gelten zu lassen. Es ist daher nicht erforderlich, daß die Anzeige im unmittelbaren Anschluß an den Verpfändungsakt erfolgt, vielmehr kann der gesetzliche Tatbestand sich so lange noch wirksam vollenden, als nicht inzwischen der Übergang des verpfändeten Rechtes auf einen anderen erfolgt oder ein Recht an dem Rechte für einen anderen zur Entstehung gelangt oder Konkurs über das Vermögen des Gläubigers eröffnet ist. — Bei Verpfändung einer zugunsten eines Dritten begründeten Versicherung durch den Versicherungsnehmer erfolgt die Mitteilung nach seinem Tode wirksam durch den Dritten (103).

2. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** 25. Eine Apothekerkonzession kann nicht als Forderung im Sinne des § 1280 in Betracht kommen; wenn sie überhaupt übertragbar, kann nur § 1274 Abs. 1 anwendbar sein.

§§ 1287 ff. Fälle der Konfusion beim Forderungspfandrecht. *Thal 140 ff.

I. Vereinigung von Pfandgläubiger und Verpfänder. Regel: Das Pfandrecht erlischt: §§ 1273 Abs. 2, 1256 Abs. 1 Satz 1.

Ausnahmen: a) Relative Fortdauer des Forderungspfandrechts findet statt zugunsten eines dritten, an der Pfandforderung Berechtigten; §§ 1273 Abs. 2, 1256 Abs. 1 Satz 2. — b) Absolute Fortdauer für den interessierten Pfandgläubiger-Verpfänder, der in den Stand gesetzt wird, eine Befriedigung nachstehend Berechtigter aus der eigenen Forderung zu verhindern; §§ 1273 Abs. 2, 1256 Abs. 2 (149).

II. Vereinigung von Pfandgläubiger und Drittschuldner. Das Forderungspfandrecht bleibt erhalten als Pfandrecht an eigener Schuld, nämlich als Pfandrecht an der Forderung des Verpfänders, in welcher der Pfandgläubiger selbst der Schuldner geworden ist. Die Befriedigung aus dem Pfandrecht an eigener Schuld erfolgt dadurch, daß der Pfandgläubiger-Drittschuldner die Forderung des Verpfänders durch Verrechnung aufhebt. Durch Befreiung von seiner Verbindlichkeit erlangt er Befriedigung für seine Pfandforderung. Das Abrechnungsrecht geht über die gewöhnliche Aufrechnungsbefugnis erheblich hinaus. Von jenem kann der Pfandgläubiger in seiner Eigenschaft als Drittschuldner auch dann Gebrauch machen, wenn der Verpfänder nicht der persönliche Schuldner ist; hier würde das Kompensationsrecht einfach versagen. Im Wege der Abrechnung vermag er sich von lange festgelegten und hoch verzinslichen Verbindlichkeiten zu befreien. Den Kompensationsverboten unterliegt das Abrechnungsrecht regelmäßig nicht. Ein praktisch wichtiger Fall der Entstehung des Pfandrechts an eigener Schuld ist der durch Pfändung auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers (149—173).

III. Vereinigung von Verpfänder und Drittschuldner. Es tritt Erlöschen der von einem regelrechten Konfusionsfalle betroffenen verpfändeten Forderung ein. Die durch das Pfandrechtsverhältnis für den Pfandgläubiger begründeten Befugnisse werden dadurch aber nicht berührt. Es sind noch die beiden Personen vorhanden, an die er sich nach Inhalt des Pfandvertrags halten kann. Deren formelle Vereinigung in einer Person ist unerheblich. In seiner Eigenschaft als Verpfänder hat der Gläubiger nichts zu fordern; in seiner Eigenschaft als Drittschuldner ist er auch künftig zur Leistung an den Pfandgläubiger verbunden. Ist der zu leistende Vermögensgegenstand zur Zeit der Vereinigung beim Verpfänder-Drittschuldner vorhanden, so darf er ihn nach Erlangung im Konfusionswege nicht zurückhalten. Die Annahme einer absoluten Fortdauer der verpfändeten Forderung wird ebenso wie diejenige einer relativen — nur zugunsten des Pfandgläubigers — als unbegründet abgelehnt (173—186).

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Bürgerliche Ehe.

Vorbemerkung zu Titel 1—5: Von größeren Abhandlungen ist im Wesentlichen nur die Wetzels zu erwähnen, von dem Selbstberichte, ebenso wie von Meisner, zu einer Reihe von Paragraphen aufgenommen worden sind. Dniestrzánski's große Arbeit über das Verlöbnisrecht ist in erster Linie für das österreichische Recht von Bedeutung. Einzelne praktisch wichtige Fragen behandeln Eichhorn, Thiesing, Meyer und Ullmann (u. zu § 1353 Ziff. I 2—4, § 1355 b und §§ 1360, 1361 Ziff. I 1). Die Praxis war wiederum zu den §§ 1296 und 1298, 1353 und 1354, sowie zu den §§ 1360, 1361 besonders fruchtbar. Die Urteile des RG. über den Begriff der Bescholtenheit und über die Pflicht eines wegen Krankheit getrennt lebenden Ehegatten sich zur Heilung dieser in eine Anstalt zu begeben, bewegen sich in den alten Bahnen.

Literatur zu Titel 1—5: Dochnahl, Zur Auslegung des § 1348 BGB., ABürgR. **26** 321—326. — Dniestrzánski, Zur Lehre vom Verlöbnis, GrünhutsZ. **33** 87—212. — Eichhorn, Der Mißbrauch im Familienrechte des BGB., R. **05** 331—334. — Meisner, Familienrecht, Kommentar zum 4. Buche des deutschen BGB. Breslau 1905. — Meyer, Zu §§ 1360, 1361 BGB. und § 627 ZPO., JW. **05** 194. — Mitteis, Nichtigkeitserklärung der Ehe nach Scheidung, in zwei Fragen aus dem bürgerlichen Rechte. Leipzig 1905. — Reichel, Welches Amtsgericht ist zur Erteilung des Wiederverehelichungszeugnisses zuständig? ZBlFG. **5** 369. — Thiesing, Das Namenrecht der Ehefrau bei Nichtigkeit der Ehe, R. **05** 612. — Ullmann, Arzthonorar, JW. **05** 520. — Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, ABürgR. **26** 54—148.

Erster Titel. Verlöbnis.

§ 1297. Natur des zivilrechtlichen Verlöbnisses (vgl. Glaser, JDR. **3** Ziff. 1; **2** Ziff. 1—4; **1** Ziff. 2).

I. *Meisner 1 ff. Die dem römischen Rechte völlig fremde, jetzt aber überwiegend übliche Anwendung des Vertragsbegriffs auf Verlöbnis und Ehe beruht auf der Doktrin des Naturrechts. Von Kant (in eigenartiger Form) akzeptiert, von Hegel lebhaft bekämpft, wurde diese Auffassung dann wieder von Savigny (System d. heut. röm. Rechtes III 307 ff.) geltend gemacht, indem er, ähnlich wie das Naturrecht, jede „Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden", als Vertrag betrachtete und es als „wichtig" bezeichnete, „daß das Gemeinsame, wodurch die Ehe, die Tradition usw. mit den obligatorischen Verträgen verwandt sind, bestimmt anerkannt und in einzelnen Anwendungen durchgeführt werde". — Die Anwendung des Vertragsbegriffs auf Verlöbnisse führt konsequenterweise dazu, die allgemeinen Vorschriften über Verträge auch auf Verlöbnisse für anwendbar zu erklären, also auch die Beifügung von Bedingungen (!) und Zeitbestimmungen (!) für zulässig zu halten oder wenigstens die qu. Vorschriften zum Teil in freilich unbestimmter und unsicherer Abgrenzung als anwendbar zu bezeichnen. Das führt zu unhaltbaren, der Natur des Verlöbnisses durchaus widersprechenden Ergebnissen. — Demgegenüber ist geltend zu machen, daß durch das allerdings eine Willenseinigung der Verlobten voraussetzende Verlöbnis nur eine ethische und soziale Verpflichtung, nicht aber eine obligatorische (vertragsartige) Verpflichtung begründet wird. Die in §§ 1298—1300 bestimmten Rücktrittsfolgen beruhen auf positiven, aus Billigkeitsgründen sich ergebenden Vorschriften. — Für beschränkt Geschäftsfähige ist hiernach auch zu ihrer Verlobung — (entgegen der GM.) — die Einwilligung des gesetzl. Vertreters nicht erforderlich.

II. Praxis. **a)** RG. IV 21. 9. 05, JW. **05** 638, DJZ. **05** 1061. Als ein wechselseitig gegebenes und angenommenes Versprechen stellt die Verlobung einen Vertrag dar, auf den die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte Anwendung finden. Die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters eines

Minderjährigen oder die Bestätigung der Verlobung nach Eintritt der Großjährigkeit bewirkt nach § 184 Abs. 1, daß das Verlöbnis rechtlich von Anfang an wirksam wird. Annahme des Eheversprechens kann auch in der Gestattung der Beiwohnung seitens des Mädchens gefunden werden. — **b)** SächsA. **15** 631 (Dresden). Zum Verlöbnis muß gegenseitige Bindung der auf Eheschließung gerichteten beiden Willen vorhanden sein, besondere Form wird nicht gefordert. Vgl. OLG. Karlsruhe, JDR. **3** Ziff. 2. — **c)** OLG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 212, OLG. **11** 276 schließt sich der Ansicht an, daß das Verlöbnis als ein familienrechtliches Vertragsverhältnis anzusehen ist, welches dadurch zustande kommt, daß die Verlobenden sich gegenseitig ihren auf künftige Eheschließung gerichteten Willen erklären. Infolgedessen finden die allgemeinen Vorschriften über obligatorische Verträge auf das Verlöbnis entsprechende Anwendung. Demgemäß greifen auch bei einem von einem Minderjährigen eingegangenen Verlöbnisse die Bestimmungen des § 108 Abs. 1 und 3 und des § 184 ein. — **d)** KGBl. **05** 73, SchlHolst. Anz. **05** 314 (KG.). Das Verlöbnis ist ein familienrechtlicher, kein obligatorischer Vertrag, in seinem Wesen und in seinen Wirkungen bestimmt durch die Eigenartigkeit des Brautstandes. -- **e)** **RG.** 6. 3. 05, JW. **05** 288 ff. Ein rechtswirksames Verlöbnis ist vereinbar mit der Abmachung, miteinander in den Tod zu gehen, da das Dasein eines Eheversprechens nicht davon abhängig ist, daß das der Eheschließung folgende eheliche Leben einen längeren Zeitraum umfassen solle.

§§ 1298 ff. 1. **RG.** 24. 10. 04, **59** 100, JW. **05** 22. Die auf Formmangel beruhende Unwirksamkeit eines früheren Verlöbnisses kann nicht fortwirken und die Abweisung eines aus den §§ 1298 ff. hergeleiteten Entschädigungsanspruchs nach sich ziehen, wenn das Verlöbnis nach dem 31. 12. 99 von den Verlobten aufrechterhalten worden ist. Hierzu bedarf es der beiderseitigen Betätigung des Willens, an dem früheren Verlöbnisse festzuhalten.

2. **RG.** (Straff.) R. **05** 685. Im Strafrechte kann ein Verlöbnis ohne Rücksicht auf die Einwilligung der Eltern auch angenommen werden, wenn die Beteiligten minderjährig, aber nicht völlig geschäftsunfähig sind.

§ 1298. 1. **a)** OLG. **11** 278, KGBl. **05** 73, SchlHolstAnz. **05** 314 (KG.). Der Gerichtsstand für die Leistung der Entschädigung, zu der die Nichterfüllung des Verlöbnisvertrags den verletzten Teil berechtigt, ist der Erfüllungsort des Verlöbnisvertrags. — **b)** OLG. Stuttgart, WürttJ. **17** 197 (bereits JDR. **3** Ziff. 2d). Auch entgangener Gewinn kann beim Verlöbnisbruche zu erstatten sein. Dies ist dann der Fall, wenn ein Verlobter in Erwartung der Ehe sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührende Maßnahmen getroffen hat, durch die ihm Gewinn entgangen ist. Für die Entziehung eines Gewinns, den der andere Verlobte durch die Eingehung der Ehe erlangt hätte, kann ein Verlobter aber deshalb nicht haftbar gemacht werden, weil Verlöbnisbruch keinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gewährt. — **c)** OLG. **10** 274 (KG.). Unter die Entschädigungspflicht aus § 1298 fällt niemals, was die geschwängerte Braut lediglich mit Rücksicht auf ihren körperlichen Zustand aufgewendet hat, denn diese Rücksichten ergeben sich für sie wie für jede schwangere Person aus dem Zustande der Schwangerschaft, unabhängig von einem gegebenen Eheversprechen. Derartige Aufwendungen können auch nicht unter den Entschädigungsanspruch aus § 1300 gebracht werden.

2. Abs. 3. **a)** OLG. Colmar, PuchеltsZ. **05** 355, OLG. **11** 279, R. **05** 370. Früherer außerehelicher geschlechtlicher Verkehr gilt als „wichtiger Grund" für den Rücktritt, wenn der andere Teil von ihm nichts wußte. Die Beweispflicht für die Unkenntnis von dem Rücktrittsgrunde trifft den Zurücktretenden. Wenn jedoch nach den bei der Person und dem Stande desselben herrschenden sittlichen und

gesellschaftlichen Anschauungen anzunehmen ist, daß er sich bei Kenntnis der wahren Lage überhaupt nicht mit dem anderen Teile verlobt haben würde, hat dieser die für die Unkenntnis streitende tatsächliche Vermutung zu widerlegen. — **b)** OLG. **11** 278 (Karlsruhe). Irrtum über die Vermögensverhältnisse des anderen Teiles kann unter Umständen einen wichtigen Grund bilden. Es besteht aber eine Verpflichtung vor Eingehung des Verlöbnisses, sich in dieser Beziehung genau zu erkundigen. Auch Aufwendungen für das nach der Verlobung stattfindende Festmahl sind ersatzfähig. — **c)** OLG. Colmar, Puchelts Z. **05** 355, OLG. **11** 279, ElsLothZ. **06** 32. Die Schadensersatzpflicht des Zurücktretenden findet auch dann nicht statt, wenn er den Rücktritt aus einem anderen Grunde als demjenigen erklärt hat, der im Laufe des Schadensersatzprozesses als wichtig befunden worden ist.

§ 1299. *Weyl, Verschuldensbegriffe 303 ff. erachtet das „Verschulden" entgegen der GM. nicht für ein solches im technischen Sinne (Gründe 305/306). Ebenso Prot. IV und Cramer; über letzteren JDR. **1** zu § 1299. Höchstens kann man ein moralisches Verschulden annehmen, doch ist § 1299 weniger vom Geiste des Verschuldensprinzips als vom Geiste des Veranlassungsprinzips diktiert (306). § 276 Abs. 2 findet mithin keine Anwendung (512).

§ 1300. 1. *Ungewitter, JustdRdsch. **4** 295. Der Anspruch hat als unmittelbaren Grund die Tatsache des außerehelichen Beischlafs, daher ist ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Amtsgericht zuständig (JDR. **1** Ziff. 4).

2. **a)** **RG.** 2. 11. 05, FrankfRundsch. **39** 167 ff. Der Beweis der Unbescholtenheit liegt demjenigen ob, der den Anspruch aus § 1300 erhebt. Erforderlich wird dieser Beweis allerdings erst dann, wenn Tatsachen vorliegen, die geeignet sind, eine Bescholtenheit herbeizuführen. Die Unbescholtenheit erfordert Unversehrtheit der Geschlechtsehre. Regelmäßig wird die freiwillige Beischlafsvollziehung seitens einer ledigen Frauensperson deren Unbescholtenheit ausschließen. — **b)** Über den Begriff der Bescholtenheit **RG.** 23. 6. 04, BadRpr. **05** 235 und OLG. Bamberg, SeuffA. **60** 404 wie **RG.** **52** 46, JDR. **2** Ziff. 1 b.

3. SächsA. **15** 631 (Dresden). Auf einen vor der Verlobung liegenden Beischlaf kann der Anspruch nicht gestützt werden (JDR. **2** Ziff. 2).

Zweiter Titel. Eingehung der Ehe.

§ 1313. KG., BuschsZ. **34** 354. Gegen den den Dispens vom Ehehindernis der zehnmonatigen Wartefrist versagenden Beschluß des Amtsgerichts ist das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft.

§ 1314. 1. *Weegmann, WürttZ. **05** 302. Beim Bestehen der dem überlebenden Gatten nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtlichen Wirkung des Güterstandes der württ. landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor 1. 1. 05 in Württemberg geschlossenen Vertrags zustehenden statutarischen Nutznießung ist das Zeugnis im negativen Sinne dahin zu erteilen, daß dem Gewalthaber keine Verpflichtungen i. S. des § 1669 BGB. obliegen; denn nach württ. Rechte verwaltet der statutarische Nutznießer nicht kraft elterlicher Gewalt, sondern nur kraft des ihm zustehenden statutarischen Nutznießungsrechts.

2. *Reichel, ZBlFG. **5** 369. Für die Erteilung des Wiederverehelichungszeugnisses ist nicht dasjenige AG. zuständig, in dem der verstorbene Ehegatte, sondern, vom Falle des § 43 Abs. 2 FGG. abgesehen, jeweils dasjenige, in dem zur Zeit der Antragsstellung der überlebende Ehegatte samt den Ehekindern seinen derzeitigen Wohnsitz hat (vgl. **RG.** JDR. **1** zu § 1314).

3. KG. 13. 4. 05, KGJ. **30** A 46, FrankfRundsch. **39** 172 ff. Der überlebende Ehegatte, dem nach nassauischem Güterrechte die Leibzucht an dem Nachlasse des

verstorbenen Ehegatten zusteht, liegt die Pflicht zur Inventarisation und Sicherheitsleistung ob, vor Erfüllung dieser Pflicht kann ihm das Zeugnis des § 1314 nicht erteilt werden.

Dritter Titel. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe.

§ 1329. *Thiesing, R. **05** 612. Der nichtige Eheschließungsvertrag unterscheidet sich in seinem Wesen nicht von jedem anderen nichtigen Rechtsgeschäft und vermag grundsätzlich auch vor Beendigung der Ehe keine Wirkungen zu erzeugen, wenngleich dies durch die Beschränkung in der Art und Weise der Geltendmachung der Nichtigkeit durante matrimonio verdunkelt wird. Die materielle Rechtslage wird aber durch diese Vorschrift des § 1329, die im Grunde prozessualer Natur ist, nicht geändert, sie ist vielmehr dieselbe, wie nach Beendigung der Ehe, wo die Wesensgleichheit der Ehenichtigkeit mit der Nichtigkeit jedes gewöhnlichen Rechtsgeschäfts klar zutage tritt.

§ 1333. 1. *Meisner 33. Nicht beizutreten ist der mehrfach, z. B. von Hölder, JheringsJ. **42** 38 ff. (JDR. **1** Ziff. 1 a) und Dernburg, BGB. IV 58, vertretenen Ansicht, daß bei einer Anfechtung der Ehe wegen Irrtums auch ein Irrtum über „persönliche Verhältnisse," nicht nur ein Irrtum über „persönliche Eigenschaften" zu berücksichtigen sei. Beide Begriffe lassen sich sehr wohl voneinander unterscheiden, wenn auch die Grenze in manchen Fällen zweifelhaft ist. Die Worte „persönliche Verhältnisse" sind von der RTK. als zu weitgehend gestrichen worden, man kann also nicht sagen, daß die stehengebliebenen Worte: „persönliche Eigenschaften" auch die persönlichen Verhältnisse mitumfasse und daß deren Ausschluß im Gesetze nicht genügenden Ausdruck gefunden habe. Ebenso Erler, JDR. **1** Ziff. 2, vgl. auch Seidlmayer, JDR. **2** Ziff. 1.

2. **a)** **RG.** JW. **05** 175. Syphilitische Erkrankung ist ein berechtigter Grund zur Eheanfechtungsklage (vgl. dagegen Heller, JDR. **1** Ziff. 4 a). — **b)** **RG.** 3. 7. 05, JW. **05** 532, BayRpflZ. **05** 451, PuceltsZ. **05** 655. Ein Hang zur fortgesetzten Begehung von Betrügereien, der sich als Charakterfehler oder geistiger Defekt kennzeichnet, ist als eine persönliche Eigenschaft aufzufassen, deren Unkenntnis zur Anfechtung der Ehe berechtigt. — **c)** OLG. **11** 280 (Cassel). Zur Anfechtung der Ehe wegen vorehelichen Verkehrs der Frau mit einem Dritten ist der Mann auch dann berechtigt, wenn er selbst ihr vor der Eheschließung beigewohnt hat.

§§ 1333, 1334. *R. Leonhard, DJZ. **05** 24 ff. Das Gesetz will solchen Anfechtungen wehren, die dem Wesen der Ehe widerstreiten. Demgemäß hätte es die Anfechtungswünsche einer Kritik unterwerfen sollen, nicht die frühere Gesinnung, die der Irrende bei einer rechtzeitigen Entdeckung des Irrtums gehabt haben würde. Ob die Praxis diesen Mißgriff ausgleichen wird, ist zweifelhaft.

§ 1336. LG. München, JustdRdsch. **4** 72. Der gesetzliche Vertreter ist zur Erhebung der Eheanfechtungsklage nur im Namen seines Mündels, nicht im eigenen Namen legitimiert.

§ 1338. **RG.** **39** 411, DJZ. **05** 313. Wenn auch nach § 1338 die Anfechtung bis zur rechtskräftigen Auflösung der Ehe zulässig ist, so müssen nach prozeßrechtlichen Vorschriften doch alle Angriffe gegen den Bestand einer Ehe in demselben Verfahren erledigt werden; wenn daher der Angriff mit einem Scheidungsangriff beginnt, müssen auch alle Anfechtungsgründe in demselben Verfahren vorgebracht werden.

§ 1342. SächsA. **15** 115 (Dresden). Der Eintritt der Wirkung der Eheanfechtung braucht nicht durch rechtskräftiges Urteil festgestellt zu sein, um von

dritter Seite geltend gemacht werden zu können, vielmehr kann sich jedermann auf die Nichtigkeit der Ehe berufen, sobald die Anfechtung erklärt ist.

§ 1345. *Mitteis 1 ff. Stellt sich nach einer aus alleinigem Verschulden eines Ehegatten erfolgten Scheidung die Eheschließung als nichtig heraus und ist dabei die Sachlage die, daß der scheidungsschuldige Ehegatte bezüglich der Nichtigkeit im Zeitpunkte der Eheschließung gutgläubig, der andere Ehegatte bösgläubig gewesen war, so kann der gutgläubige, aber aus seinem alleinigen Verschulden geschiedene Ehegatte gegen den unschuldigen nicht die Rechte aus § 1345 geltend machen.

Vierter Titel. Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

§ 1348. 1. *Meisner 57. Wenn und solange die Vermutung des Todes eines für tot erklärten Ehegatten gilt (§ 18), solange gilt diese Vermutung bis zum Beweise des Gegenteils auch betreffs der Ehe; die Ehe des Verschollenen ist also so lange wie durch seinen Tod als aufgelöst zu betrachten. Die späterhin geborenen (bzw. erzeugten) Kinder seiner zurückgebliebenen Ehefrau sind daher nicht als eheliche Kinder des Verschollenen anzusehen. Wenn also die Frau sich wieder verheiratet und ihr neuer Ehemann jene Kinder als die seinigen anerkennt, so sind sie — entgegen KG., JDR. **2** Ziff. 1b zu § 18 — als durch die neue Ehe legitimiert zu betrachten (vgl. o. § 18).

2. Abs. 2 Satz 1. *Dochnahl, ABürgR. **26** 321 ff. Der Begriff der „neuen Ehe" im § 1348 umfaßt nicht die nichtige Ehe. Die Terminologie der §§ 171, 338 StGB. kann nicht, wie Dernburg (JDR. **1** § 1348 Ziff. 1b) annimmt, maßgebend sein für § 1348 Abs. 2 Satz 1 BGB. Aus der Stellung des Satzes „es sei denn . . . ." im Abs. 1 § 1348 folgt, daß unter der „neuen Ehe" im Abs. 2 eine nichtige Ehe nicht einbegriffen sein kann. Denn dieser Satz steht nur im Abs. 1, modifiziert also nur die Regel dieses Absatzes. Würde unter der „neuen Ehe" im Abs. 2 auch die nichtige zu verstehen sein, so würde die alte Ehe auch dann durch die neue Ehe aufgelöst werden, wenn die letztere von schlechtgläubigen Personen eingegangen wird. Denn die Bestimmung des Satzes „es sei denn . . . ." fehlt dem Abs. 2. Diese Konsequenz der Dernburgschen Ansicht ist unmöglich. Daher ist auch die Dernburgsche Ansicht selbst zu verwerfen.

Fünfter Titel. Wirkungen der Ehe im allgemeinen.

§ 1353. I. 1.* Wetzel, ABürgR. **26** 74 ff. Durch § 1353 Abs. 1 sind keineswegs die sittlichen Pflichten der Ehegatten zu Rechtspflichten gemacht. (AM. Staudinger, Familienrecht (2) 115.) Ein Ehegatte ist vielmehr zu derjenigen Gemeinschaft der Lebensbetätigungen und Einrichtungen verpflichtet, welche vernünftige Ehegatten unter den betr. Standes-, Vermögens-, Erwerbs- und Familienverhältnissen gewöhnlich pflegen. Auch Geisteskrankheit i. S. des § 1569 berechtigt zur Verweigerung der Gemeinschaft (97). Der Mißbrauch ist nicht von Amts wegen zu beachten, sondern begründet materiell ein negatives Gegenrecht zur Verweigerung der Gemeinschaft und prozessual eine Einrede, die vorübergehend das Recht auf Gemeinschaft hemmt (109).

2. Gegen ein Urteil des **RG.** vom 27. 3. 05, welches annimmt, daß man dem „beleidigten" und sich von der häuslichen Gemeinschaft fernhaltenden Ehegatten den Grund zum „Fernbleiben" nur entziehen könne, wenn man ihm „Gewähr dafür gibt, daß der Grund, welcher das Fernbleiben rechtfertigte, jetzt weggefallen sei", führt Eichhorn, DJZ. **05** 1111 f. aus: Sind die Eheverfehlungen des einen Teiles derart, daß dem anderen die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft „nicht zugemutet werden kann", so möge man nicht nach „Rechtsmißbrauch" oder „fehlender Gewährleistung" fragen, sondern ruhig eine solche unhaltbare Ehe

scheiden und, falls der andere Teil sich ebenfalls vergangen hat, auch ihn für mitschuldig an der Scheidung erklären; reichen dagegen die erwiesenen Verfehlungen nicht zur Scheidung aus, so soll man auch kein Bedenken tragen, die Herstellung der Ehegemeinschaft anzuordnen.

3. *Thiesing, R. **05** 612. Die Mißbrauchseinrede kann trotz § 1329 auch auf die Nichtigkeit der Ehe gestützt werden, da die in dem Herstellungsprozesse zur Beurteilung stehende Frage, ob das Verlangen auf Erfüllung der durch die Ehe begründeten Pflichten mißbräuchlich ist, mit der Frage der Nichtigkeit selbst nicht identisch ist. Denn mit dem Vorschützen der Mißbrauchseinrede wird der Bestand der Ehe nicht geleugnet, sondern nur einer Ausübung der ehelichen Rechte entgegengetreten, die wegen der die Nichtigkeit begründenden Tatsache (der Verwandtschaft, bestehenden Ehe usw.) mit den sittlichen Anschauungen in Widerspruch steht.

4. Eichhorn, R. **05** 334. Ein Mißbrauch liegt immer nur da vor, wo auch ein Ehescheidungsgrund der Klage aus § 1353 entgegensteht; wo dies nicht der Fall ist, bleibt für den unklaren Begriff des Mißbrauchs kein Raum. Es handelt sich mithin im § 1353 um eine bloße Tautologie; in dem Ignorieren eines dem beklagten Teile zustehenden Scheidungsgrundes liegt eben der Mißbrauch des Klagerechts.

II. Aus der Praxis. 1. Abs. 1. **a)** BayRpflZ. **05** 353 (Bamberg). Bei der Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens muß der klagende Teil die ernstliche Absicht haben, die eheliche Gemeinschaft fortzusetzen (IDR. **2** Ziff. 1). Geistige und körperliche Krankheit kann die Verweigerung der ehelichen Folge rechtfertigen. — **b)** **RG.** 5. 6. 05, PucheltsZ. **05** 577 ff., SeuffA. **61** 65 ff., RheinA. **101** II 121 ff., PosMSchr. **05** 130. Damit allein, daß die Klägerin ihren Ehemann grundlos verlassen hat und daß dieses ehewidrige Verhalten Nachteile für den Haushalt und das Geschäft des Mannes im Gefolge gehabt habe, kann ein vermögensrechtlicher Schadensersatzanspruch nicht begründet werden, wohl aber kann event. § 826 Anwendung finden (o. § 826 Ziff. 12k). — **c)** **RG.** BraunschwZ. **05** 23. Zum Erfolge der gegen die Ehefrau auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichteten Klage ist die Bereitstellung einer angemessenen Wohnung erforderlich. — **d)** **RG.** JW. **05** 435. Eine gegen § 1353 verstoßende vertragliche Abmachung ist nichtig. — **e)** **RG.** 4. 7. 04, MecklZ. **23** 232. Wenn von einem Ehegatten die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft mit dem an Syphilis leidenden anderen Ehegatten verlangt wird, so wird nicht eine beschränkte eheliche Gemeinschaft gefordert, sondern die eheliche Gemeinschaft im Sinne des Gesetzes. Diese eheliche Gemeinschaft besteht auch in Zeiten, in denen einem Ehegatten die Beiwohnung wegen Krankheit unmöglich oder nicht tunlich ist. — **f)** **RG.** JW. **05** 110. Auch bei vorläufiger Trennung durch Urteil nach früherem Rechte ist die Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nach dem 1. 1. 00 nach dem BGB. zu beurteilen.

2. Abs. 2. **a)** **RG.** 10. 3. 04, SeuffA. **60** 324. Entziehung der Leitung des Hauswesens als Mißbrauch des Rechtes des Mannes auf eheliche Lebensgemeinschaft. — **b)** OLG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 265. Die Aufforderung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft seitens des Mannes stellt sich dann als ein Mißbrauch seines formalen Rechtes dar, wenn seine wirtschaftlichen Verhältnisse für absehbare Zeit so ungünstige sind, daß ein gemeinsames Leben tatsächlich nicht möglich ist. — **c)** OLG. **10** 276 (Hamburg). Kein Mißbrauch im Sinne des Abs. 2 liegt vor, wenn der Ehemann, der früher an Gonorrhöe gelitten, jetzt aber wieder völlig gesund ist, von der Frau, die wegen der erfolgten geschlechtlichen Ansteckung die Scheidung nicht angestrebt hatte, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verlangt. — **d)** **RG.** JW. **05** 722. Die Herstellung

der bloß häuslichen Gemeinschaft kann in der Regel nicht verlangt werden, wenn zufolge eines Verschuldens desjenigen Ehegatten, der sie fordert, der andere ihm den Geschlechtsverkehr nicht zu gestatten braucht (Ansteckungsgefahr). — **e)** **RG.** JW. **05** 393 ff. Hat eine Ehefrau dem Manne durch bewußt böswilliges Getrenntleben einen Scheidungsgrund gegeben, so ist schon von ihrem Standpunkt aus ein Rückkehrverlangen kein Rechtsmißbrauch. — **f)** **RG.** 22. 12. 04, JW. **05** 110, und 29. 6. 05 JW. **05** 495. Ist das Verlangen des Ehegatten auf Rückkehr des anderen nicht ernstlich gemeint, so liegt darin ein Mißbrauch des ihm an sich zustehenden Rechtes, die Herstellung der Gemeinschaft zu verlangen. Ob ein derartiger Rechtsmißbrauch stattfindet, ist von Amts wegen zu untersuchen (vgl. JDR. **1** Ziff. 2 b). — Hiergegen wendet sich Eichhorn, R. **05** 332. Es komme nicht darauf an, ob ernstlich nicht die Herstellung, sondern vielmehr die Scheidung begehrt werde. Darin, daß von dem im Gesetze gewährten Rechte Gebrauch gemacht werde, könne kein Mißbrauch liegen.

§ 1354. 1. **RG.** IV 1. 12. 04, **59** 256 ff., JW. **05** 49, hält an der Entsch. **51** 185 (JDR. **2** zu § 1354) fest, daß ein Ehegatte verlangen kann, daß der von ihm getrennt lebende Ehegatte sich in eine Heilanstalt begebe zur Heilung der Krankheit, die die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft hindert.

2. **a)** R. **05** 17 (Celle). Erforderlich ist nur ein Mißbrauch, der sich gegen die berechtigten Interessen der Mutter richtet; die Rechte der Kinder sind durch die Bestimmung des § 1660 geschützt. Ein solcher Mißbrauch liegt vor, wenn der Vater, ohne ein Recht zu haben, die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern, sich weigert, die Mutter wieder bei sich aufzunehmen und ihr doch das Kind nehmen will, ohne daß dessen Interesse dies im geringsten erforderte. — **b)** KG., KGJ. **30** A 40. Eine die Frau willkürlich von jedem Verkehre mit ihren Kindern ausschließende Anordnung des Ehemanns stellt sich als ein Mißbrauch seines Rechtes dar. Ebenso wie **RG.** **55** 419 ff. JDR. **3** Ziff. 3.

§ 1355. **a)** *Wetzel, ABürgR. **26** 79. Klage auf Führung des Mannesnamens ist keine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, das Urteil ist nach § 890 ZPO. vollstreckbar. — **b)** *Thiesing, R. **05** 613. Wenn auch das Recht und die Pflicht der Ehefrau, den Namen des Mannes zu führen, als Folgeerscheinung der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) im internen Verhältnis durch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens geschützt wird und dieser Klage wegen Nichtigkeit der Ehe an sich die Mißbrauchseinrede entgegengehalten werden kann (s. o. Ziff. I 3 zu § 1353), so ist dies hinsichtlich des Namensrechts ausnahmsweise nicht zulässig, weil dieses Recht im Gegensatze zu den übrigen ehelichen Gemeinschaftsrechten nicht als interne Angelegenheit der Gatten betrachtet und im Verhältnisse der Gatten zueinander anders, als im Verhältnisse nach außen behandelt werden kann. Erst nach Beendigung der nichtigen Ehe kann also unbeschränkt geltend gemacht werden, daß die Frau niemals den Namen des Mannes erhalten hat und die Namensänderung nur eine scheinbare, der wirklichen Rechtslage widersprechende, gewesen ist. (AM. Dernburg, Familienrecht 66, auf Grund seiner eigentümlichen Auffassung der Ehenichtigkeit). Diese Folge der Ehenichtigkeit tritt auch dann ein, wenn die Ehefrau bei Eingehung der nichtigen Ehe gutgläubig, der Mann aber bösgläubig gewesen ist (aM. Bauer, R. **05** 525), da sich die Vergünstigung des § 1345 nur auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Gatten erstreckt mithin der § 1577 jedenfalls ausgeschaltet ist. — **c)** Bauer, R. **05** 525. Den Bedürfnissen des Lebens wird entsprochen, wenn man — in analoger Anwendung des Scheidungsrechts — bei der Putativehe dem gutgläubigen Manne gegenüber der bösgläubigen Frau ein Verbietungsrecht einräumt, im übrigen aber der Ehefrau auch bei für nichtig erklärter Ehe das Recht zur Namensführung beläßt.

§ 1357. (Vgl. bes. Wieruszowski, JDR. **1** Ziff. 2.) 1. *Meyer, Das ärztliche Vertragsverhältnis. In den Bereich des häuslichen Wirkungskreises der Frau gehört auch die Annahme eines Arztes für sich selbst oder die Familienangehörigen. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 2 und unten §§ 1360, 1361 Ziff. I 1.)

2. **a)** **RG.** 9. 1. 05, **60** 15. Der Ehemann kann, wenn er der Frau die eheweibliche Schlüsselgewalt des § 1357 Abs. 1 entzogen hat, diese von ihm getroffene Maßregel durch Zeitungsinserate veröffentlichen und zwar auch dann, wenn das bisherige Verhalten der Frau keinen gegründeten Anlaß zu der Befürchtung geboten hatte, daß sie in unwirtschaftlicher Weise verfahren werde. — **b)** **RG.** (Straff.) 3. 4. 05, BayRpflZ. **05** 283. Kraft der Schlüsselgewalt ist eine Ehefrau nicht berechtigt, Wechsel mit dem Namen des Ehemanns zu unterzeichnen, da sie den Mann nicht in der Verfügung darüber beschränken kann, wie er die ihm durch den Geschäftsabschluß der Frau auferlegten Verbindlichkeiten erfüllen will. — **c)** α. SeuffBl. **05** 181 (München). Wenn auch das Getrenntleben der Ehegatten nicht unter allen Umständen den Begriff der Schlüsselgewalt ausschließt, so liegt es doch anders, wenn den im Ehescheidungsstreite befindlichen Ehegatten das Getrenntleben durch gerichtliche Verfügung gestattet ist. — Stets für Aufhebung der Schlüsselgewalt Wetzel, ABürgR. **26** 129 ff. — β. LG. Kiel, SchlHolstAnz. **05** 178. Die Ehefrau vertritt den Mann nur dann in den Hausstandsgeschäften, wenn sie auch das gemeinschaftliche Hauswesen führt. Bei tatsächlichem Getrenntleben erlischt regelmäßig die Schlüsselgewalt. Jedenfalls wird dann die Vertretungsmacht im Verhältnis zwischen den Ehegatten hinfällig. Nach dem Wortlaute der Bestimmung des § 1357 erscheint auch die Annahme begründet, daß die Beendigung der Vertretungsmacht der Ehefrau sofort Dritten gegenüber von selbst wirksam wird. Diese Annahme unterliegt namentlich im Hinblick auf die Verkehrssicherheit nicht unerheblichen Bedenken. Es muß deshalb dem Sinne und Zwecke des Gesetzes entsprechend angenommen werden, daß der Ehemann durch das Getrenntleben (Dritten gegenüber) nicht ohne weiteres von der Haftung aus den Hausstandsgeschäften seiner Ehefrau befreit wird. Gegen Härten kann sich der Ehemann nach § 1357 Abs. 2 schützen.

§§ 1360, 1361. I. 1. Ärztliche Behandlung der Frau. (Vgl. o. § 1357 Ziff. 1 u. JDR. **3** Ziff. 3e zu §§ 1360, 1361 und u. § 1399 Ziff. 2). **a)** *Ullmann, JW. **05** 520. Zwar bildet die Verpflichtung zur Zahlung der Kosten für die ärztliche Behandlung einer Ehefrau einen Teil der Unterhaltspflicht des Mannes, die Frau eines vermögenslosen Mannes, welche in Kenntnis der Vermögenslosigkeit einen Arzt zu ihrer Behandlung annimmt, haftet aber dem Arzte für sein Honorar unmittelbar, weil anzunehmen ist, daß sie sich persönlich ihm verpflichten will. Nimmt der vermögenslose Mann den Arzt für seine vermögende Frau, so haftet diese, wenn sie trotz Kenntnis dieses Unvermögens ihre Behandlung durch den Arzt duldet, dem Arzt für dessen Honorar aus § 826 BGB. Kennt die Frau die Vermögenslosigkeit ihres Mannes nicht, so haftet sie in beiden Fällen nicht. — **b)** *K. Meyer, JW. **05** 194. Wenn die Frau im Scheidungsprozesse auf Grund einer einstweiligen Verfügung des Prozeßgerichts vom Manne getrennt lebt, die häusliche Gemeinschaft aufgehoben ist und die Frau gemäß dieser Verfügung vom Manne die Geldrente des § 1361 BGB. bezieht und ärztliche Hilfe in Anspruch nimmt, so hat der Arzt aus der Behandlung der Frau in diesem Stadium keinen Anspruch auf Bezahlung seiner Deserviten und kein direktes Klagerecht gegen den Mann.

2. *Wetzel, ABürgR. **26** 142. Auch der grundlos verlassene nicht scheidungsberechtigte Ehegatte hat den Unterhaltsanspruch aus § 1361 (nicht § 1360).

II. Aus der Praxis. 1. a) **RG.** JW. **05** 682. Verträge über einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch, auch wenn sie entgeltlich, sind nichtig. — **b)** HansGZ. **05** Beibl. 118 (Hamburg). Aus § 1360 Abs. 3 in Verb. mit § 1640 ergibt sich, daß die Ehefrau für die Zukunft auf den Unterhalt nicht verzichten kann. — **c)** FrankfRundsch. **39** 71 ff. (Frankfurt). Die Kosten eines von der Ehefrau geführten Rechtsstreits gehören nicht zum Unterhalte der Frau, sind daher in den der Ehefrau im Falle des Getrenntlebens zu gewährenden Alimenten nicht mitenthalten. Die Verpflichtung des Mannes zur Tragung solcher Kosten richtet sich nach dem ehelichen Güterrechte. — **d)** ElsLothZ. **05** 123 (Colmar). Wenn nicht aus dem Gesichtspunkte des Dienstvertrags, so doch aus demjenigen der Geschäftsführung ohne Auftrag haftet der Ehemann für die Kosten, die infolge der Behandlung seiner Frau durch einen nicht von ihm selbst, sondern von einem Familienangehörigen zugezogenen Spezialarzt entstanden sind (s. o. zu I). — **e)** OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 49. Der weigerungsberechtige Ehegatte hat keinen Anspruch auf Erstattung der Transportkosten für die nach § 1361 herausgegebenen und nach seinem neuen Wohnsitze verbrachten Mobilien.

2. **a)** R. **05** 473 (Colmar). Ein aus der ehelichen Wohnung ausgewiesener Ehegatte kann von dem unterhaltspflichtigen, unberechtigterweise die Herstellung des ehelichen Lebens verweigernden anderen Ehegatten Unterhalt in Gestalt von Gewährung einer Geldrente fordern. — **b) RG.** 16. 2 05, JW. **05** 203, BayRpflZ. **05** 282. Ein Ehegatte hat bei grundloser Weigerung des anderen Ehegatten, die häusliche Gemeinschaft herzustellen, einen Anspruch auf Unterhaltsrente. — Der § 1611 Abs. 1 ist auf Unterhaltsansprüche des einen Ehegatten gegen den anderen nicht anwendbar. — **c)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 118 ff., 120. Der § 1361 erschöpft die Fälle, in denen Unterhalt in Gestalt einer Rente verlangt werden kann, nicht. (Vgl. OLG. Dresden, JDR. **2**.)

Sechster Titel. Eheliches Güterrecht.

Vorbemerkung: Die Ausbeute an bedeutsamen Entscheidungen ist nur gering, manche Streitfragen warten noch auf ihre Erledigung durch die Rechtsprechung. Aus der Literatur sind auch nur einzelne Aufsätze zu verzeichnen, welche wichtigere Fragen der Praxis zu klären versuchen.

Literatur: Beyer, Surrogation bei Vermögen im BGB. Marburg 1905.

I. Gesetzliches Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1363. (Vgl. auch § 1367). 1. Cohen, R. **05** 615. Der Anspruch einer Minderjährigen auf Erstattung der Hälfte der Invalidenversicherungsbeiträge bei ihrer Heirat (§ 42 InvVG.) ist eingebrachtes Gut.

2. **RG.** JW. **05** 341. Der Arbeitserwerb ist Vorbehaltsgut, der Erwerb in der Hausarbeit (§ 1356) eingebrachtes Gut. Der Ehemann einer durch schuldhafte Verletzung in ihrer Erwerbsfähigkeit beschränkten Ehefrau kann nicht doppelt Schadensersatz verlangen für die Unterstützung, die er ihr zur Ausgleichung für die geminderte Erwerbsfähigkeit gewähren muß; jedoch kann Schadensersatz für entgehenden Arbeitserwerb gefordert werden, wenn nach Lage der Verhältnisse bei finanziellen Veränderungen der Eintritt eines Arbeitserwerbes außer dem Hause vorausgesehen werden konnte.

§ 1366. *Beyer 248. Vorübergehender Gebrauch der hier erwähnten Sachen durch eine männliche Person ist gleichgültig. AM. Schmidt-Habicht 177.

§ 1367. 1. *Meisner, Familienrecht 80 f. Für die Selbständigkeit des Betriebs verlangt Meisner außer dem Betrieb im Namen der Frau eine rechtlich selbständige Stellung der Frau dem Manne gegenüber. Vgl. IDR. **1** und **3** zu § 1367.

2. Schefold, DIZ. **05** 739. Das für den selbständigen Betrieb des Erwerbsgeschäfts der Frau überlassene eingebrachte Gut wird zum Vorbehaltsgute, weil die Zustimmung nach § 1405 den formlos gültigen Verzicht des Mannes auf sein Verwaltungs= und Nutznießungsrecht an diesen Gegenständen enthält. Vgl. IDR. **1**, **3**.

§ 1369. *Beyer, Surrogation 252 ff. verteidigt die herrschende Meinung, daß die Norm sich auf Erwerb während der Ehe beschränke, gegen Wieruszowski und Dernburg. Vgl. IDR. **1**, **2**, **3**.

§ 1370. *Beyer 222—230, 259—261. Der Begriff „Erwerb durch ein sich auf das Vorbehaltsgut beziehendes Rechtsgeschäft" verlangt nicht, daß der erworbene Gegenstand eine Beziehung zum Vorbehaltsgute haben muß, es genügt, daß der veräußerte Gegenstand sie hatte. Die Rechtswirkung tritt ein sowohl dann, wenn mit Mitteln des Vorbehaltsguts, wie dann, wenn für das Vorbehaltsgut erworben wird. Im Gegensatze zur herrschenden Meinung vgl. Wieruszowski, IDR. **3**, Thiele, ACivPrax. **91** 13, Binder, Rechtsstellung des Erben III 214, Ullmann 25.

2. Verwaltung und Nutznießung.

§§ 1373 ff. Schefold, Rechtsstellung des Mannes bei der Verwaltung des eingebrachten Gutes, ACivPrax. **97** 134—141.

*Schefold 134 ff. Der Mann verwaltet stets in eigenem Namen auch da, wo er der Zustimmung der Frau bedarf und mit dieser Zustimmung handelt. Diese ersetzt ungenügende Geschäftsfähigkeit, gibt keine Vertretungsmacht. Zur gültigen Vornahme obligatorischer Rechtsgeschäfte bedarf der Mann der Zustimmung nicht. Eine zu obligatorischen Rechtsgeschäften erteilte Zustimmung enthält in sich die Zustimmung zu allen denjenigen Verfügungen, die zur Erfüllung des Rechtsgeschäfts aus dem eingebrachten Gut erforderlich sind.

§ 1374. Krug, R. **05** 191, hält gegen die herrschende Meinung den Anspruch der Frau auf Auskunfterteilung nicht durch § 1394 für beschränkt, weil die Herausschiebung widersinnig und § 1394 Ausnahmevorschrift sei. Vgl. IDR. **1**, 2.

§ 1375. **RG.** PosMSchr. **05** 88, R. **05** 529. Weder die Abholzung eines Waldes noch die Umwandlung eines auf einem landwirtschaftlichen Grundstücke stehenden Gebäudes in ein Miethaus ist eine Verfügung im Sinne des § 1375. Sie bedürfen nicht der Zustimmung.

§ 1377. **RG.** IW. **05** 391, DIZ. **05** 746, R. **05** 501. Bezahlt der Ehemann seine Schulden aus dem eingebrachten Barvermögen der Frau, so hat diese gegen den bezahlten Gläubiger nur dann einen Bereicherungsanspruch, wenn der Gläubiger die Herkunft des Geldes kannte, nicht schon, wenn er sie wissen mußte.

§ 1379. BayObLG. **6** 403, BayRpflZ. **05** 432, R. **05** 433. Die Ersetzung der Zustimmung muß erfolgen, wenn die Handlungsweise eines ordentlichen Wirtschafters das Geschäft rechtfertigt. Den aus dem Geschäft erwachsenden Kaufpreis muß der Mann aber wie Mündelgeld nach § 1377 anlegen, er darf nicht sich als Schuldner der Frau bestellen.

§ 1380. Literatur: Full, Die Sachlegitimation des Mannes am eingebrachten Gute. Diss. 1905.

OLG. **11** 281 (Köln). Erklärt der Mann in einem Prozesse, den er als Verwalter des Eingebrachten führt, er wolle im Namen oder in Vertretung der Frau klagen, so ist dies eine unzulässige Klagänderung.

§ 1381. 1. *Beyer 264, 272. Der Erwerb ist kein eigentlicher Surrogationserwerb, da er sich nicht unabhängig vom Willen des Mannes vollzieht.

2. Die Beweislast verteilt *Beyer 275 ff. dahin: Die Ehefrau oder wer sich auf den Erwerb beruft, hat die Erlangung mit Mitteln des eingebrachten Gutes zu beweisen. Es genügt der Nachweis, daß die Mittel der Frau gehört haben. Vorbehaltsqualität muß der Gegner beweisen. Gegner muß ferner beweisen, daß der Ehemann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes, d. h. also für seine oder eines Dritten Rechnung erwerben wollte; denn die Absicht, für das Vorbehaltsgut erwerben zu wollen, ist, abgesehen vom § 1366, bedeutungslos.

3. Mittel sind nach *Beyer 123 ff., 265 nur diejenigen Gegenstände und Rechte, welche kraft eines dinglichen und gegenständlichen Rechtes zum eingebrachten Gute gehören. Für die weitergehende Auffassung vgl. Thiele, JDR. **1** und Planck. Der Nachweis des Erwerbes nach § 1381 erfüllt daher nach Beyer noch nicht die Beweispflicht aus § 45 KO., wo der Begriff „Mittel" in weiterem Umfang angewandt ist.

4. Auch die Einziehung von Forderungen stellt einen Erwerb auf Grund des § 1381 dar. Beyer 265 ff. gegen Thiele, ACivPrax. **91** 29 und Opet Note 2a, welcher den Erwerb der Valuta durch die Frau aus der Vertretung durch den Mann herleitet.

§ 1382. Eine Verpflichtung des Mannes zur Ersatzanschaffung besteht nicht. Beyer 286 ff. gegen Opet Note 7, der sie aus der Unterhaltsverbindlichkeit, und Ullmann 169, der sie aus der Erhaltungspflicht des Nießbrauchers (§§ 1041, 1042) ableitet. § 1390 kann Anwendung finden, falls der Ehemann die zur Anschaffung benutzten Mittel aus seinem eigenen Vermögen aufgewendet. Beyer 290 ff. gegen Planck 128, Schmidt-Habicht 238.

§ 1383. OLG. **10** 173, R. **05** 193 (KG.). Der Ehemann kann gegenüber der Klage auf Duldung der Vollstreckung aus § 739 ZPO. mit einer eigenen Forderung gegen den Gläubiger aufrechnen. (Näheres o. zu § 268.)

§ 1384. R. **06** 54 (Breslau). Die Verbindlichkeit des Mannes kann von der Frau Dritten nicht entgegengehalten werden. Vgl. Ullmann 171, Opet, die die Frau dem Dritten nicht haften lassen.

§ 1387. 1. **RG.** JW. **05** 299, R. **05** 317. Nach Nichtigkeitserklärung der Ehe haftet der Ehemann nicht mehr für einen von der Frau geschuldeten Gerichtskostenvorschuß.

2. SächsOLG. **26** 572. Kostenvorschußpflicht des Ehemanns fällt fort, wenn ihm das Armenrecht erteilt ist. Vgl. dagegen **RG.** JDR. **3** und OLG. Hamburg zu §§ 1451, 1460.

3. OLG. **11** 95 (Rostock). Solange nicht dargetan ist, daß der Ehemann mittellos ist, kann der Ehefrau das Armenrecht nicht gewährt werden.

4. OLG. **11** 94 (KG.). Wenn die Gütertrennung nach Einleitung des Scheidungsprozesses eingetreten ist, erlischt die Vorschußpflicht bezüglich dieses Prozesses.

§ 1391. (Vgl. auch § 1418.) 1. **RG. 60** 182—184, JW. **05** 232, R. **05** 281. § 1391 Abs. 1 und Abs. 2 sind verschieden bezüglich der Voraussetzungen. Im Falle des Abs. 2 genügt objektive Gefährdung, im Falle des Abs. 1 muß außerdem Kausalzusammenhang mit dem Verhalten des Mannes gegeben sein. Die objektive Gefährdung ist nicht schon dann gegeben, falls die vom Manne freiwillig bestellte Hypothek nicht mündelsicher ist. Muß dagegen der Mann Sicherheit leisten, so richtet dieselbe sich nach § 232 BGB.

2. Ähnlich **RG.** PosMSchr. **05** 89, R. **05** 529. Zur Begründung der Besorgnis (Abs. 1) reicht Vermögensverfall des Mannes nicht aus, jedoch kann diese finanzielle Lage für den Fall des Abs. 2 in Betracht zu ziehen sein. —

KGBl. **05** 85, R. **05** 564 (KG.) hält dagegen den Anspruch schon begründet, wenn ohne Verschulden des Mannes Zwangsvollstreckungen gegen denselben das Frauengut derart ergriffen hatten, daß die Frau intervenieren mußte.

3. BayObLG. 5 195 setzt für das Recht auf Aufhebung der Errungenschaft im Falle des § 1391 (§ 1542) nicht nur erhebliche Gefährdung, sondern auch Kausalzusammenhang mit dem Verhalten des Mannes voraus, ohne den zu 1 erwähnten Unterschied zu machen.

§ 1394. *Knobel, WürttZ. **05** 369. Falls die Ehefrau allein oder mit ihrem Ehemanne gemeinschaftlich zum eingebrachten Gute Grundstücke unter Verwendung von Nutzungen des eingebrachten Gutes erwirbt, so hat der Mann einen Ersatzanspruch bezüglich dieser Aufwendungen. Gegen Sulze das. 104, welcher Schenkung des Mannes annimmt.

§ 1396. BreslauAK. **05** 41 (Breslau). Schenkung einzelner Wertpapiere seitens der Ehefrau bedarf an sich der Genehmigung des Ehemanns, sie konvaleszziert, wenn die Verwaltung — insbesondere durch den Tod des Mannes — endigt, bevor der Mann die Verweigerung der Zustimmung erklärt hat, und zwar ex tunc.

§ 1399. 1. **RG.** **58** 36, JDR. **3** Ziff. 3 zu §§ 1395, 1398, 1399 jetzt auch SeuffA. **60** 442.

2. Brückmann, JW. **06** 76 ff. Die Ansprüche des Arztes aus Behandlung der Ehefrau. Resultate: a) Die Schlüsselgewalt begründet die Haftung des Ehemanns nicht. — b) Es haften für gewöhnlich beide Eheleute, und zwar wenn die Frau den Arzt konsultiert, sie aus dem Vertrage, der Mann aus der negotorum gestio; wenn der Ehemann allein den Arzt zuzieht, er aus dem Vertrage, die Frau, falls sie ihr Einverständnis erklären kann, auch aus diesem Vertrage, sonst aus der neg. gestio. — c) Bei dem Hausarztvertrage haftet nur der Ehemann, der hier als Hausherr kontrahiert, die Ehefrau selbst nur dann, wenn sie ein besonderes Vertragsverhältnis begründen will. (Vgl. JDR. **1** zu § 683 Ziff. 3 und **2** Ziff. 2 zu § 1357 und o. §§ 1360, 1361 Ziff. I u. II 1 d.)

§ 1400. 1. **RG.** JW. **05** 81, JDR. **3** Ziff. 2 jetzt auch SeuffA. **60** 231, R. **05** 134, GruchotsBeitr. **49** 953. Ebenso SächsA. **15** 542, R. **05** 593 (Dresden).

2. **RG.** **60** 85. Die Fassung „Im Beistande des Ehemanns" bedeutet „mit Zustimmung des Ehemanns". Vgl. JW. **03** 147.

3. **RG.** JW. **05** 208 u. 343, R. **05** 502. In Prozessen, die die Ehefrau „mit Zustimmung des Ehemanns" führt, ist der Ehemann zulässiger Zeuge.

§ 1404. **a**) OLG. Hamburg, KGJ. **28** A 316, RJA. **4** 261, DNotV. **05** 727, ZBlFG. **5** 460, SeuffA. **60** 127. Tritt jemand der Ehefrau eine Hypothek mit der Bestimmung als Vorbehaltsgut nach § 1369 ab, so kann die Eintragung der Vorbehaltsgutsqualität im Grundbuche nicht verlangt werden. — **b**) LG. Düsseldorf, DJZ. **05** 272. Wenn die Eheleute getrennt leben, darf sich der Dritte, der die Trennung nicht kennt, auf das Geschäftsführungsrecht der Ehefrau aus der Schlüsselgewalt berufen, trotzdem sie der Ehefrau nicht zusteht.

§ 1405. OLG. **10** 277, R. **05** 313 (Colmar). Gemeinschaftliches Erwerbsgeschäft kann vorliegen, wenn beide Ehegatten nach außen als Geschäftsinhaber auftreten, auch wenn nur der Ehemann auf dem Laden als Inhaber steht. Dann liegt Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes vor, beide haften solidarisch.

§ 1406. Literatur: Krug, Nachlaßinventar und eheliches Güterrecht, IheringsJ. **49** 121 ff.

1. Krug 121 ff. Die Frau ist alleiniger Träger der Inventarpflicht. Hat sie die Inventarpflicht verletzt, so kann weder sie noch der Mann die Verletzung heilen. Hat nur einer der Gatten das Inventar richtig gelegt, so ist damit die Beschränktheit der Haftung gesichert. Hat nur einer der Gatten das Inventar,

aber unredlich gelegt, so kann das unredliche Inventar der Frau nicht mehr saniert werden, wohl aber kann das unredliche Inventar des Mannes durch ein redliches Inventar der Frau innerhalb der Frist saniert werden. Hat einer der Gatten unvollständig inventarisiert, so kann dies bis zum Ende der Frist durch jeden saniert werden. Bei Pflichtverletzung in gemeinschaftlichem Inventare der Ehegatten ist zu unterscheiden: Ist das Inventar auf seiten der Frau unredlich, auf seiten des Mannes unvollständig, so kann es nicht saniert werden, ist es dagegen auf seiten der Frau nur unvollständig, so kann es stets saniert werden.

2. *Reinhold, BayRpflZ. **05** 317. Die Frau bedarf der Zustimmung des Mannes zu der entgeltlichen oder unentgeltlichen Übertragung ihres Nachlaßanteils an einen Dritten oder Miterben.

§ 1408. R. **04** 603 (Naumburg). Übertragung der Verwaltungsbefugnis auf die Ehefrau durch Vollmacht ist zulässig.

3. Schuldenhaftung.

§ 1411. (§ 739 ZPO.) 1. Geib, AZivPrax. **97** 161 ff. Das Urteil auf Exekutionsduldung aus § 739 ist nur ein Feststellungsurteil, dasselbe ist zwar notwendig zur Zwangsvollstreckung in eingebrachte, im Besitze des Mannes befindliche Mobilien; es bedarf aber eines weiteren Vollstreckungstitels gegen den Mann nicht, denn diese Vollstreckung richtet sich überhaupt nicht gegen den Mann, sondern gegen die Frau. Der aus § 808 ZPO. entspringende Schutz des Besitzes wird hier zwar aufgehoben, jedoch wie auch in den Fällen der §§ 740, 741 sowie bei Vollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins ist der Besitzer, hier der Ehemann, nicht Vollstreckungsschuldner; die rechtskräftige Entscheidung gegen den besitzenden Ehemann wird im Falle des § 739 nur deshalb nötig, weil der Gerichtsvollzieher ohne Schuldtitel nicht das Recht des Gläubigers auf Nichtachtung des Besitzschutzes feststellen kann. Vgl. IDR. **3** zu § 739 ZPO. und zu § 1411.

2. **RG.** IW. **05** 49, IDR. **3** § 1411 Ziff. 1, s. jetzt **RG.** **59** 235.

3. OLG. **10** 378, DIZ. **05** 823, R. **05** 284 (Rostock). Der Ehemann ist dem Gläubiger der Ehefrau zur Manifestation des eingebrachten Gutes nach § 807 ZPO. verpflichtet. Dies bekämpft Mantey, R. **05** 365 aus folgenden Gründen: a) Mann ist nicht Vertreter der Frau, b) Verurteilung zur Duldung trägt keine Verbindlichkeit in sich, c) Zweckmäßigkeitsgründe sprechen nicht für dieses Mittel. Er gewährt nur die Manifestation mit Hilfe eines neuen Prozesses auf Grund der §§ 1374, 260 BGB., Vollstreckung nach § 888 ZPO.

4. OLG. **11** 97 (Dresden). Ehemann ist nur dann bei den Klagen aus § 739 nicht in die Kosten zu verurteilen, wenn er vorher dem Gläubiger einen Schuldtitel aus § 794 gewährt oder angeboten hat.

§ 1411. (§ 741 ZPO.) OLG. **10** 374 (Dresden), BraunschwZ. **05** 154 (Braunschweig). Auch bei Existenz eines selbständigen Erwerbsgeschäfts kann der Gläubiger auf Duldung der Vollstreckung klagen und die Klage mit der Klage gegen die Frau verbinden.

4. Beendigung der Verwaltung und Nutznießung.

§ 1418. OLG. **11** 282 (KG.) Mit dem Anspruch auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung kann die Frau den Anspruch „auf Herausgabe des Eingebrachten nach Rechtskraft" verbinden.

§ 1420. **RG.** IW. **05** 227, R. **05** 281. Die Todeserklärung hat in den Fällen der §§ 1420, 1425 eine weitergehende Wirkung als der § 18 an sich ihr beilegt.

5. Gütertrennung.

§ 1427. BayObLG., R. **05** 79. Die Frau hat ihr Unvermögen zur Beitragsleistung zu beweisen.

II. Vertragsmäßiges Güterrecht.

1. Allgemeine Vorschriften.

§ 1432. 1. BayObLG. **5** 221, R. **04** 335 u. R. **04** 362. Der Begriff des Ehevertrags umfaßt nur die güterrechtliche Rechtsfolge, nicht die vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen. Ferner BayObLG. **5** 661, R. **05** 17.

2. Unzulässige Eheverträge. **a**) OLG. **11** 282, KGJ. **30** A 313, RJA. **6** 55, ZBlFG. **6** 302, R. **05** 571 (Colmar). Ein Ehevertrag, der das Rechtsverhältnis als Gütertrennung mit Errungenschaftsgemeinschaft bezeichnet, ist widerspruchsvoll, die Eintragung abzulehnen. — **b**) KGJ. **30** A 156, RJA. **6** 53, ZBlFG. **6** 300, R. **05** 571 (KG.). Eine Vereinbarung, daß alles, was der Ehegatte dem andern aus seinem gütergemeinschaftlichen Vermögen schenken wird, Vorbehaltsgut werden soll, ist nicht zulässig und eintragbar, weil die Umwandlung des Gesamtguts in Vorbehaltsgut der Ehevertragsform bedarf. Vgl. zu §§ 1438, 1440. — **c**) KGJ. **28** A 190, JDR. **3** Ziff. 8, auch ZBlFG. **6** 63, RJA. **5** 140, R. **05** 291.

3. Anfechtung von Eheverträgen wegen Benachteiligung der Gläubiger. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 6, **RG. 57** 81 = JW. **04** 183.) Planck, DJZ. **05** 561, sieht jede Umwandlung eines Güterstandes in einen anderen als entgeltlichen Vertrag an, weil jeder Ehegatte neue Vermögensrechte erwerbe, neue Pflichten übernehme; eine unentgeltliche Verfügung könne dagegen in der Abänderung enthalten sein, die die Eheleute nur in einzelnen Beziehungen auf den allgemein beibehaltenen Güterstand vornehmen.

§ 1435. 1. Meisner 128. In das Güterrechtsregister ist nicht einzutragen, daß die Frau ein Erwerbsgeschäft betreibt, auch nicht, welche Gegenstände zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, wohl aber ist der Einspruch, der Widerruf der Einwilligung des Mannes bezüglich des Erwerbsgeschäfts, sowie die Zurücknahme des Widerrufs einzutragen.

2. OLG. **11** 282, R. **05** 370 (Colmar). Diese Bestimmung schützt den Dritten nur gegen solche Einwendungen der Frau, die den Gegenstand des Rechtsgeschäfts betreffen und darauf hinzielen, daß infolge der Änderung der Mann über den Gegenstand nicht habe rechtsgeschäftlich verfügen noch prozessieren können.

2. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§ 1438. 1. OLG. **10** 423 (KG.). Eine Hypothek kann an in Gütergemeinschaft lebende Eheleute nicht zu Bruchteilen abgetreten werden.

2. KG., KGJ. **30** A 207, ZBlFG. **6** 40, DNotV. **05** 418, PosMSchr. **05** 89, R. **05** 529. Der Grundbuchrichter darf die Auflassung an eine in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau nicht ablehnen, weil das Kaufgeschäft ohne Zustimmung des Mannes geschlossen; weder ist das Kausalgeschäft ungültig noch hat er es zu prüfen (§ 1443).

§ 1439. 1. Über die Frage, ob das Eigentum eines in gütergemeinschaftlicher Ehe lebenden Miterben an den Nachlaßgegenständen zu dem Gesamtgut gehört, vgl. u. zu § 2033.

2. Satz 2. Die Vorschriften der §§ 1381, 1382 (Surrogation) kommen nicht zur Anwendung; so Beyer, Surrogation 300 ff. mit Schmidt-Habicht, Planck gegen Staudinger, Feist, Prinzip der dinglichen Surrogation 58 ff.

§ 1440. Bestimmung zum Vorbehaltsgut. 1. BayObLG. **6** 395, BayRpflZ. **05** 352, R. **05** 313. Soll Gesamtgut Vorbehaltsgut werden, so

sind zwei Verträge notwendig, Ehevertrag und Eigentumsübertragungsvertrag. Bedarf die Eigentumsübertragung nur derselben Form wie der Ehevertrag, so ist ein besonderer Vertrag unnötig, es genügt, daß der im Ehevertrag erklärte Wille auf beides gerichtet ist, gleichviel, ob und welche Vorstellung die Ehegatten von den rechtlichen Vorgängen haben.

2. OLG. Hamburg, ZBlFG. **6** 345, HansGZ. **05** Beibl. 212, R. **05** 618. Schenkung eines gütergemeinschaftlichen Ehegatten an den anderen aus dem Samtgute mit Wirkung der Schaffung von Vorbehaltsgut ist nur möglich unter Beachtung der Form des § 1434. Dagegen kann der Ehegatte formlos aus seinem Vorbehaltsgute dem anderen in dessen Vorbehaltsgut schenken.

§ 1442. Vgl. u. zu § 1471.

§ 1443 (o. § 1438 Ziff. 2). Prozeßlegitimation. — **a)** **RG.** JW. **05** 176[19], R. **05** 253. Der Ehemann ist selbst dann berechtigt, die GG. bezüglich eines Schadensersatzanspruchs gegen einen Dritten zu vertreten, wenn der Schaden dadurch entstanden ist, daß er selbst mit dem Dritten kolludiert hat. — **b)** **RG.** **60** 147, JW. **05** 176, R. **05** 253. Auch die Ehefrau kann in eigenem Namen unter Zustimmung des Ehemanns die GG. vertreten.

§ 1445. 1. **RG.** ZBlFG. **5** 623, R. **05** 226. Zusicherungen von Eigenschaften bei einem Grundstücksverkaufe müssen von beiden Eheleuten abgegeben werden, wenn die GG. haften soll. Vgl. IDR. **2** Ziff. 2.

2. BayObLG., ZBlFG. **5** 560, IDR. **3** Ziff. 3 zu §§ 1443, 1445, jetzt auch BayObLG. **5** 522, DJZ. **05** 1015, SeuffBl. **05** 153, R. **04** 603, BayRpflZ. **05** 108.

3. Wie IDR. **3** §§ 1443, 1445 Ziff. 1 auch Reinhold, BayRpflZ. **05** 317 ff.

§ 1446. Krug, GruchotsBeitr. **49** 553 ff. Die Bestimmung des § 1446 Abs. 1 ist durch den Satz zu ergänzen, daß ein ohne Einwilligung der Frau gegebenes Schenkungsversprechen, welches sich nicht auf Gesamtgut bezieht, durch gültige Erfüllung seitens des Mannes aus nicht zum Gesamtgute gehörenden Mitteln seinem ganzen Inhalte nach Wirksamkeit gewinnt.

§ 1447. BayObLG. **5** 415. Die Anhörung der Beteiligten ist nicht erforderlich, der Umfang der Ermittelungen unterliegt dem Ermessen des Gerichts.

§ 1448. *Klein, HessRspr. **6** 82. Die Bestimmungen der §§ 1444, 1446 enthalten keine Ausnahme von dem Grundsatze, daß Übertragungen abstrakt sind (Neubecker, Abstrakter Vertrag 34), sondern erklären sich aus der Beschränkung des Rechtes des Ehemanns am fremden Vermögen, sein Verfügungsrecht ist schon bezüglich des Kausalgeschäfts eingeengt.

§ 1459. (§ 740 ZPO.) (Vgl. IDR. **1** Ziff. 2 und **1** zu § 740 ZPO. Ziff. I 2.) OLG. **10** 373 (Posen) tritt der Ansicht, daß gegen die besitzende Frau nicht aus dem Titel gegen den Ehemann vollstreckt werden könne, bei.

§ 1460. 1. OLG. **11** 285, HansGZ. **05** Beibl. 268 (Hamburg). Kostenvorschußpflicht des Ehegatten endigt mit der Scheidung, auch wenn die Auseinandersetzung noch nicht erfolgt ist.

2. HansGZ. **06** Beibl. 13, 14. Die Frage, ob der im Armenrechte klagenden Ehefrau das Recht auf Kostenvorschuß zusteht, wird vom Sen. I des OLG. Hamburg bejaht, vom Sen. II verneint.

§ 1471. BayObLG. **6** 8, R. **05** 79. Weder der Ehegatte noch der Miterbe kann über seinen Anteil an einzelnen Gegenständen vor der Auseinandersetzung verfügen.

§§ 1471, 1472. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 955. Nach Scheidung tritt an Stelle des Gesamtguts eine Gemeinschaft zur gesamten Hand mit anderen Verwaltungsbefugnissen bis zur Auseinandersetzung; zu diesem Gesamthandver-

mögen gehören auch die Erträge, jedoch kann der Ehefrau auf ihren künftigen Auseinandersetzungsanteil hin durch einstweilige Verfügung (§ 940 ZPO.) die Hälfte zugewiesen werden. Vgl. JDR. 3 Ziff. 3.

§ 1480. R. **05** 564 (Colmar). Nach der Auseinandersetzung greifen die §§ 740, 743 ZPO. nicht mehr Platz, sondern nur § 750. Zwangsvollstreckung gegen die Ehefrau ohne Titel ist gegen sie nicht möglich.

§ 1482. OLG. **10** 375 (Posen) Der Gesamtgutsgläubiger kann aus einem gegen den Mann ergangenen Urteile nach dem Tode der Frau gegen den Erben nach § 731 ZPO. auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, nicht aber allein auf Zahlung klagen.

§§ 1482, 1483, 1492. Meikel, R. **05** 364 ff., Vorerbschaft und die §§ 1471, 1492, erörtert die Wirkung des sog. Berliner Testaments bei gütergemeinschaftlichen Ehegatten. Der Überlebende wird als Vorerbe, Kinder als Nacherben eingesetzt. — a) Fortgesetzte GG. tritt nicht ein. Wenn der überlebende Ehegatte nicht Alleinerbe ist, so ist für die Zeit bis zur Auseinandersetzung die Vorschrift des § 1471 maßgebend. Ist er dagegen Alleinerbe, so tritt Konsolidation ein, er erwirbt den Anteil des verstorbenen Ehegatten aber als Vorerbschaft. Eine Auseinandersetzung ist begrifflich ausgeschlossen, eine Verfügung des überlebenden Ehegatten über seinen bisherigen Anteil am Gesamtgut ist unzulässig. Vgl. Zelter, JW. **04** 250 ff. — b) Tritt dagegen fortgesetzte GG. ein, so gehört der Anteil, die Vorerbschaft nicht zum Nachlaß, ebenso fällt auch das Sondergut mit der Nacherbschaft belastet in die fortgesetzte GG. (§ 1485).

§ 1483. 1. SeuffA. **60** 340 (Hamburg). Mündelforderungen sind im Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten GG. nach dem verstorbenen Vormunde vorrechtsberechtigt.

2. Abs. 2. Letztwillige Verfügungen über den Anteil einseitiger Abkömmlinge am Gesamtgute. — Nach Planck, Opet gehört der entsprechende Teil des Gesamtguts stets zum Nachlaß und unterliegt beliebig freier Verfügung. Nach Meckel, BadNotZ. **04** 140 ff. kann der Erblasser nur insoweit über diesen Anteil verfügen, als er das Erbrecht oder den Erbteil eines einseitigen Abkömmlinges bestimmt. Nach Cosack 325 ist die Norm überhaupt zwingend.

§§ 1483, 1487. 1. BayObLG., JDR. 3 Ziff. 2, auch OLG. **10** 70, KGJ. **29** A 252.

2. **RG.** JW. **05** 146, GruchotsBeitr. **49** 972, ZBlFG. **5** 790, R. **05** 166. Der einzelne Gütergemeinschaftsgenosse in fortgesetzter GG. kann auf Leistung an die Gemeinschaft klagen. § 2039 BGB. findet auch auf andere Gesamthandverhältnisse Anwendung.

3. Über die Beerbung bei fortgesetzter Gütergemeinschaft westfälischen Rechts s. u. zu Art. 200 EG. Ziff. II 8.

§ 1489. HansGZ. **06** Beibl. 8 (Hamburg). Die Beschränkung der Haftung kann erst bei der Zwangsvollstreckung eingewandt werden, aber auch nur dann, wenn sie im Urteil enthalten war. Was der Ehegatte bei der Teilung erhalten hat, ist in dem Prozesse nicht zu erörtern, sondern erst bei der Vollstreckung. Die Aufhebung der fortgesetzten GG. beseitigt die Passivlegitimation nicht.

§§ 1491 ff. *Clarus, SeuffBl. **05** 77 ff. Die Aufhebung der fortgesetzten GG. und Auseinandersetzung kann dadurch ersetzt werden, daß alle Abkömmlinge gegen Abfindung auf ihren Anteil an dem Gesamtgute verzichten. Sind bevormundete oder unter elterlicher Gewalt stehende Abkömmlinge beteiligt, empfiehlt es sich, auch die Abfindung durch Vertrag nach § 1491 Abs. 2 sicherzustellen.

§ 1495. PosMSchr. **06** 9 (Stettin). Eine erhebliche Gefährdung des Abkömmlings (Ziff. 1) liegt dann nicht vor, wenn die Höhe des Gesamtguts und des Anteils des überlebenden Ehegatten ihm noch sicheren Ersatz wegen seines Anteils in Aussicht stellt. Liegt objektiv keine Gefährdung vor, so spricht dieser Umstand gegen die Benachteiligungsabsicht, welche Ziff. 2 erfordert.

§§ 1508, 1509, 1511, 1518. Vgl. IDR. **1**, 2, 3. — Bollenbeck, DNotV. **05** 75 ff. verteidigt nochmals seine Konstruktion über die Wirkung des Ausschlusses sämtlicher Abkömmlinge dahin, daß fortgesetzte GG. an sich eintrete, aber dann durch Konzentration erlösche, gegenüber dem Wäntigschen Aufsatze (IDR. **3** Ziff. 1) und der Planckschen Ausführung in der dritten Auflage des Kommentars, daß die Ausschließung im Zweifel die Setzung des Abkömmlings auf den Pflichtteil enthalte.

3. Errungenschaftsgemeinschaft.

§ 1519. 1. OLG. **10** 278, KGI. **29** A 267, RIA. **5** 190, R. **05** 108, ZBlFG. **6** 100 (Colmar). Ein Ehevertrag, der Errungenschaftsgemeinschaft in stehender Ehe mit Rückwirkung auf die Zeit der Eheschließung einführt, hat nur obligatorische Bedeutung unter den Eheleuten. Die Rückwirkung ist nicht eintragungsfähig.

2. Errungenschaftsgemeinschaft mit Gütertrennung ist unzulässig, weil in sich widersprechend. Vgl. OLG. Colmar o. Ziff. 2a zu § 1432.

§ 1524. Vgl. Beyer o. zu § 1370 über die Beziehung des Rechtsgeschäfts zu dem eingebrachten Gute.

§§ 1542, 1545. 1. Vgl. BayObLG. o. Ziff. 3 zu § 1391.

2. HessRspr. **5** 172, R. **05** 108 (Darmstadt). Abänderung der Errungenschaftsgemeinschaft in Gütertrennung ist ein entgeltlicher Vertrag, sofern die Voraussetzungen der §§ 1542, 1468 vorliegen.

§ 1546. BayObLG., R. **05** 593. Vom Tode bis zur Auseinandersetzung tritt statt der Errungenschaftsgemeinschaft eine Erbengemeinschaft an dem Anteilsrechte des Erblassers am Gesamtgut ein.

4. Fahrnisgemeinschaft.

§ 1557. *Beyer, Surrogation 318 ff. nimmt an, daß auch bei vereinbarter fortgesetzter Fahrnisgemeinschaft eingebrachtes Gut existiere (mit Planck und entgegen Opet, der das eingebrachte Gut in das Gesamtgut der fortgesetzten GG. aufgehen läßt). Dies eingebrachte Gut setzt sich nach Beyer zusammen: a) aus dem bisherigen Eingebrachten, b) aus den nach Eintritt der fortgesetzten Fahrnisgemeinschaft erworbenen Gegenständen, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können oder nach § 1369 mit der Bestimmung der Qualität des eingebrachten Gutes zugewandt sind. Der Erwerb durch Surrogation bei diesem Gute richtet sich nach §§ 1554, 1524. Über den Umfang des rechtsgeschäftlichen Surrogationserwerbes vgl. o. Ziff. 1—3 zu § 1381.

III. Güterrechtsregister.

§ 1558. PosMSchr. **05** 64 (KG.). Der Richter hat den Eintragungsvermerk allein zu bestimmen, alles Überflüssige auszuschließen, darf nicht wegen überflüssiger Vertragsbestimmungen die Eintragung überhaupt ablehnen. — HansGZ. **06** Beibl. 4. Auch der Amtsrichter der Handelsniederlassung hat das Recht der selbständigen Prüfung bei der Eintragung des im Register des Wohnsitzes eingetragenen Ehevertrags.

§§ 1560, 1561. 1. KG., RIA. **6** 149, KGI. **30** A 169, R. **06** 201, LG. Danzig, PosMSchr. **05** 188. Der Grundbuchrichter kann die Eintragung nicht verlangen, ihm muß Vorlegung des Ehevertrags genügen.

2. Die Eintragung auch rechtskräftiger einstweiliger Verfügung bezüglich der Verwaltung und Nutznießung in das Güterrechtsregister hält Meisner 184 ff. für unzulässig. Vgl. JDR. 1, 2 zu § 1561.

Siebenter Titel. Scheidung der Ehe.

Literatur: Maatz, Vermögen und Einkommen in der kaufmännischen Rechnung, VerwA. 10 54—72. — Ders., Ertrag und Einkommen im BGB., VerwA. 13 309—316. — Seligsohn, Die beiderseitigen Ehevergehen und die psychologische Methode, JW. 05 700. — Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, ABürgR. 26 54—148. — Zelter, Unterliegt der Widerklagegrund im Ehescheidungsprozesse der selbständigen Verjährung? PosMSchr. 05 125—128.

§§ 1564 ff. 1. *Weyl, Verschuldensbegriffe 569 ff. Die Ehescheidungsgründe der §§ 1565—1568 beruhen, da § 1565 und ferner §§ 1666 Abs. 1 S. 1, 2333 Nr. 2 u. 3, 2334 Satz 1 u. 2, 2339 Nr. 4, 2335 Abs. 1, 2345 Abs. 1 u. 2 von „sich schuldig machen" reden, auf dem „Verschuldensprinzip"; das Verschulden und das Verschuldensprinzip ist aber nicht im gewöhnlichen technischen Sinne der §§ 276 ff., 823 ff. zu verstehen, sondern in einem weiteren, uneigentlichen Sinne, der mehr auf ein moralisches als auf ein intellektuelles Verschulden weist (vgl. auch o. Ziff. 3 zu § 530) und daher einen modifizierten Platz im System beansprucht, auch nicht die unmittelbare Anwendbarkeit der §§ 827 f. (§ 276 Abs. 1 S. 3) zuläßt (208 ff., 577, 582, 586, 589).

2. **a)** **RG.** 20. 10. 04, GruchotsBeitr. **49** 367. Darin, daß der Berufungsrichter die vom ersten Richter wegen Verfehlungen des Beklagten gegen § 1568 ausgesprochene Ehescheidung wegen Ehebruchs des Beklagten aufrechterhält, liegt keine reformatio in pejus. — **b)** **RG.** 19. 4. 05, GruchotsBeitr. **49** 1045. Wenn die Ehe der Parteien auf die Klage geschieden wird, darf nicht gleichzeitig bedingtes Scheidungsurteil auf die Widerklage ergehen (vgl. **RG.** **58** 316 ff., JDR. **3** §§ 614—616 ZPO. Ziff. II c und § 620 ZPO. Ziff. 3). — **c)** **RG.** 2. 10. 05, PosMSchr. **05** 163. Ein Ausspruch über die Schuldfrage kann, wenn die Ehe aufgelöst ist, nicht mehr abgegeben werden. — **d)** **RG.** 16. 6. 04, SeuffA. **60** 70. Bei einer auf Ehebruch und event. auf einen anderen Grund gestützten Klage kann der klagende Teil nicht zunächst die Erledigung des ersten Klagegrundes verlangen. — Im übrigen übereinstimmend mit **RG.** **55** 244, JDR. **2** Ziff. 3c zu § 1568.

§ 1566. *Weyl, Verschuldensbegriffe 409. „Nach dem Leben Trachten" ein Fall des Vorsatzes. Über die Frage, ob Deliktsfähigkeit erforderlich ist, s. Näheres a. a. O. 357 Note 3 und 586.

§ 1567. I. 1. *Weyl, Verschuldensbegriffe. „Böslichkeit": Begriffliches 426—432, „böslich" nur im § 1567. Materialien, Literatur, Judikatur, über bösliche Verlassung bzw. böslich s. 427 ff. Fall der „qualifizierten Absicht" (429/432). Die §§ 827 ff. finden Anwendung (576 Note 3).

2. Abs. 2. *Wetzel, ABürgR. **26** 101. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft unterbricht die Fristen nicht, sondern hemmt sie.

II. Aus der Praxis. 1. **a)** **RG.** R. **05** 313. Die im Gesetze bestimmte Frist beginnt erst mit dem Zeitpunkte, von welchem an es feststeht, daß der beklagte Ehegatte unberechtigt und gegen den Willen des klagenden Teiles diesem ferngeblieben ist. — **b)** HansGZ. **05** Beibl. 220 (Hamburg). Wenn ein Ehemann, dessen Fortleben zu präsumieren ist, jahrelang nichts von sich hören läßt, ist anzunehmen, daß er in böslicher Absicht seine Frau verlassen habe.

2. **a)** OLG. Köln 18. 3. 05, PucheltsZ. **05** 599, RheinA. **101** I 183. Wenn eine Ehefrau selbst nicht die ernstliche Absicht hat, die eheliche Gemeinschaft herzustellen, so ist sie mit der gegen den Mann gerichteten Klage auf Her-

stellung der häuslichen Gemeinschaft abzuweisen (vgl. o. § 1353 Ziff. II 2 f u. § 1571 Ziff. 2). — **b)** RG. 9. 1. 05, GruchotsBeitr. **49** 960. Das Berufungsgericht ist nicht behindert, bei Prüfung der Frage, ob die neben der rechtskräftigen Verurteilung weiter erforderlichen Voraussetzungen des Abs. 2 Nr. 1 vorhanden sind, auf Umstände zurückzugehen, die vor der Verurteilung zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft liegen (vgl. RG. JW. **02** Beil. 273). — **c)** RG. 2. 3. 05, **60** 194, BraunschwZ. **05** 182 ff. Sobald eine der Voraussetzungen der Nr. 1 nicht mehr vorhanden ist, hört die einmal begonnene Frist auf zu laufen. Der bis dahin abgelaufene Teil der Jahresfrist geht jedenfalls dann verloren, wenn die Unterbrechung der Frist auf den eigenen Willen des unschuldigen Teiles zurückzuführen ist. — **d)** RG. BadRpr. **05** 194. Bösliche Verlassung im Sinne des Abs. 2 Nr. 1 kann nicht angenommen werden, wenn der die Herstellung der Ehe Verweigernde geisteskrank ist.

§ 1568. I. 1. *Seligsohn, JW. **05** 706 ff. Bei gegenseitigen Ehevergehen, d. h. wenn beide Ehegatten sich gegen die Ehepflichten vergangen haben, ist vom BGB. eine Aufrechnung, wie im kirchlichen Eherecht nicht bestimmt, in den Motiven die Kompensation verboten. Das RG. hat in zahlreichen Entscheidungen dies auch ausgesprochen, hat aber in zahlreichen anderen Entscheidungen ausgeführt, daß aus den Ehevergehen des klagenden Teiles gefolgert werden könne, daß ihm die Vergehen des Beklagten seine eheliche Gesinnung nicht zerrüttet hätten. Gegen diese letztere Judikatur versucht der obige Aufsatz auszuführen: a) Ihr Endziel sei Kompensation. b) Der Schluß, aus den Ehevergehen des Klagenden seine Unempfindlichkeit gegen die des Beklagten zu folgern, sei irrig, da niemand wünsche so behandelt zu werden, wie er sich selbst benehme, jeder vielmehr subjektiv egoistisch und nicht relativ denke. c) Eine Beweisaufnahme über den Charakter bei dauerndem Unfrieden der Parteien sei aussichtslos und uferlos. d) Die Trennung von Tisch und Bett würde wieder eingeführt, sogar in erheblich gegenüber dem Kirchenrecht verschlechterter Weise. e) Eine unklare Formulierung der Prinzipien, das Operieren mit dem Schlagwort, die eheliche Gesinnung sei nicht zerrüttet, verleiten zu falschen Folgerungen, während ganz allein zu erwägen sei, ob die Parteien die Lebensgemeinschaft nach allem Vorgefallenen noch fortsetzen könnten.

2. *Weyl, Verschuldensbegriffe. Über den Begriff „unsittliches Verhalten" 46, 348—352. Es handelt sich um ein „Verschulden" im weiteren Sinne, nicht technisches Verschulden (307 ff.) AA. Neumann, Opet.

3. *Meisner 200 ff. Die Verweigerung der Trauung bildet nicht ohne weiteres einen relativen Ehescheidungsgrund, sondern nur dann, wenn die kirchliche Trauung vor der staatlichen Eheschließung ausdrücklich versprochen oder als selbstverständlich angenommen war; es kann sich dann unter Umständen die Trauungsverweigerung namentlich mit Rücksicht auf die streng religiösen und kirchlichen Anschauungen des anderen Ehegatten als arge Täuschung seines Vertrauens und demgemäß im Sinne des § 1568 als ehrloses oder unsittliches Verhalten darstellen, sofern nicht ein die Trauungsverweigerung rechtfertigender, also ein Verschulden des Ehegatten ausschließender Grund vorliegt, insbes. wenn der Geistliche bei konfessionell gemischten Ehen die Trauung nur gegen gewisse Zusicherungen betreffs der konfessionellen Erziehung der Kinder ꝛc. vornehmen will. Vgl. JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1568.

II. Aus der Praxis. 1. **a)** RG. JW. **05** 393. Zur Annahme einer Ehezerrüttung ist beiderseitiges Erlöschen der ehelichen Gesinnung erforderlich. — **b)** RG. 1. 5. 05 u. 5. 10. 05 JW. **05** 693 u. BayRpflZ. **05** 346. Ob einem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe zugemutet werden kann, ist nach einem objektiven Maßstabe zu beurteilen. — **c)** RG. JW. **05** 23. Für die Frage

nach der schweren Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten sind Zeit, Ort und Sitte zu berücksichtigen. — **d)** RG. JW. **05** 23. Ungehöriges und anstößiges Verhalten eines Ehegatten kann nur dann zur Scheidung nach § 1568 führen, wenn das Bewußtsein vorhanden war, durch das Verhalten gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten zu verstoßen. — **e)** RG. R. **05** 343. Die Grundsätze über Verteilung der Beweislast sind nicht verkannt, wenn der Richter, der das Vorliegen von Beleidigungen, die an sich den Charakter schwerer Pflichtverletzung tragen, als bewiesen erachtet, zur Feststellung eines Scheidungsgrundes noch die Widerlegung des Vorbringens des Beklagten erfordert, daß er durch das Gebaren der Klägerin gereizt worden sei. — **f)** R. **05** 253 (Jena). Um das Verhalten eines Eheteils auf Grund von § 1568 als Ehescheidungsgrund geltend zu machen, bedarf es nicht des Nachweises, daß die Zerrüttung der Ehe allein durch dasselbe herbeigeführt worden ist, es genügt, wenn sich ergibt, daß es unter den gegebenen Umständen eine, wenn auch aus anderen Gründen, vorhandene Zerrüttung vertieft und auf den die Scheidung bedingenden Grad gebracht hat. — **g)** RG. R. **05** 343. Schwere Pflichtverletzungen können unter Umständen auch in bloß fahrlässigen Außerachtlassungen der durch das eheliche Verhältnis gebotenen Rücksicht gefunden werden.

2. **a)** RG. 21. 2. 05, BadRpr. **05** 261, JW. **05** 204. Prozeßbehauptungen, die eine Beleidigung der Gegenpartei enthalten, können als Scheidungsgrund geltend gemacht werden, wenn die Partei ihren Prozeßbevollmächtigten zum Vorbringen der beleidigenden Äußerungen angewiesen hat. — **b)** RG. JW. **05** 496. Anträge auf strafgerichtliches Einschreiten begründen an sich keinen Scheidungsgrund. — **c)** RG. JW. **05** 395. Wenn eine Frau mit einem Dritten allein reist und sich als dessen Ehefrau ausgeben läßt, so berechtigt dies zur Scheidung. — **d)** RG. JW. **05** 24. Verschwendung einer Offiziersfrau an sich noch kein Scheidungsgrund. — **e)** OLG. Köln, RheinA. **101** I 32. Trunksucht wird nur dann zum Scheidungsgrunde, wenn durch sie die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet ist. (JDR. **1** Ziff. 7 d a. E., **2** Ziff. 2). — **f)** RG. SeuffBl. **05** 671 ff. Unsittliche Verfehlungen, die nur Folgeerscheinungen von Hysterie sind, begründen nicht die Scheidung, weil § 1568 ein subjektives Verschulden erfordert.

§ 1569. 1. *Meisner 206 f. Vorausgesetzt ist nach § 1569, daß die Geisteskrankheit während der Ehe mindestens 3 Jahre ununterbrochen (ohne lichte Zwischenzeiten, lucida intervalla) gedauert hat. Vgl. dagegen JDR. **1** Ziff. 4 zu § 1569.

2. **a)** RG. 8. 5. 05, JW. **05** 395. Bei der Frage, ob die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten aufgehoben ist, kommt die Empfindung des geisteskranken Ehegatten hierfür nicht in Betracht. — **b)** RG. DJZ. **05** 747, JW. **05** 395. Die Anwendung des § 1569 ist nicht bei nur partiellem Wahnsinn und nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil dem geisteskranken Gatten noch die Fähigkeit verblieben ist, die meisten bürgerlichen und die Vermögensangelegenheiten zu besorgen.

§ 1570. 1. Mantey, R. **05** 524 f. Die Verzeihung braucht nicht dem anderen Teile gegenüber zum Ausdrucke gelangt zu sein; es genügt, wenn der versöhnliche Sinn auch nur in Äußerungen gegenüber dritten Personen oder im sonstigen Verhalten des verletzten Ehegatten in die Erscheinung tritt. Die Verzeihung ist zwar eine Willenserklärung mit rechtlichen Wirkungen, aber nicht eine empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 BGB. (vgl. dagegen JDR. **2** Ziff. 3).

2. **a)** RG. JW. **05** 113. Verzeihung ist Ausdruck eines inneren Vorganges, durch den der verletzte Ehegatte zu erkennen gibt, daß er die Ehe nicht oder nicht

mehr für zerrüttet durch das Verschulden des anderen Teiles halte. — **b)** **RG.** 1. 5. 05, JW. **05** 371, BayRpflZ. **05** 346. Ein geheimer Vorbehalt tut der Verzeihung nicht Eintrag (so bereits **RG.** JW. **01** 386). — **c)** **RG.** 19. 1. 05, BadRpr. **05** 367, JW. **05** 145. Verzeihung sämtlicher, auch der dem verzeihenden Ehegatten unbekannt gebliebenen Verfehlungen ist möglich. Unempfindlichkeit gegen Verfehlungen enthält Verzeihung nur, wenn sie gegenüber dem schuldigen Ehegatten kundgegeben wurde. — **d)** OLG. Stuttgart 26. 6. 03, WürttJ. **17** 42. Eine bedingte Verzeihung ist möglich, da es bei der Verzeihung im Rechtssinne nicht auf die mehr oder weniger versöhnliche Gesinnung des betreffenden Ehegatten ankommt, vielmehr die Verzeihung die Kundgebung eines Willensakts ist, dem die Gesinnung nicht entsprechen muß (vgl. JDR. **3** Ziff. 2).

§ 1571. 1. Abs. 1. **a)** **RG.** 4. 5. 05, PucheltsZ. **05** 650. Für die Frage der Kenntnis kann nicht eine allgemeine objektive Beurteilung der Erkenntnisquelle, sondern nur die subjektive Meinung und Empfindung des Gekränkten maßgebend erscheinen. — **b)** OLG. **10** 282 (Hamburg). Kennenmüssen genügt nicht. — Das Subjektive für wahr halten, ist ein wesentliches Erfordernis für den Begriff der Kenntnis. — **c)** OLG. **10** 281 (Dresden). Allgemeine Vermutungen, Verdacht der Untreue des anderen Ehegatten genügen zur Kenntnis nicht.

2. Abs. 2. **a)** *Wetzel, ABürgR. **26** 102 ff. Die Aufforderung muß die Alternative, die Gemeinschaft herzustellen oder zu klagen, deutlich enthalten, auch bei der Aufforderung seitens eines unfreiwillig Abwesenden. Es kann auf die Aufforderung nicht verzichtet werden. Der schuldige Ehegatte hat kein Recht auf Herstellung der Gemeinschaft, noch auf Scheidung, wohl aber auf eine Entscheidung des anderen Gatten. Darum braucht der Auffordernde die Herstellung der Gemeinschaft nicht zu wollen. Es ist nicht dolos, wenn der böslich Verlassende die Alternative stellt. Von dem Empfange der Aufforderung an läuft die sechsmonatige Frist noch einmal ganz, auch wenn sie früher schon einmal gelaufen war. — **b)** **RG.** 29. 6. 05, JW. **05** 495, SchlHolstAnz. **05** 280. Es hat dem Gesetzgeber fern gelegen, die Wirksamkeit der von dem schuldigen Ehegatten an den unschuldigen Ehegatten zu erlassenden Aufforderung an das weitere Erfordernis zu knüpfen, daß der Auffordernde ernstlich gewillt sein müsse, die Gemeinschaft wieder herzustellen. Ein solcher ernstlicher Wille ist erforderlich, wenn die Aufforderung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft allein in Frage kommt und das Rückkehrverlangen im Klagewege geltend gemacht wird (vgl. o. § 1567 Ziff. II 2a).

§ 1572. Gegenüber **RG.** **57** 192 (JDR. 3), welches für die Gründe der Widerklage selbständige Verjährung festsetzt, sucht *Zelter, PosMSchr. **05** 126 ff., nachzuweisen, daß die Klageerhebung auch die Verjährung der Scheidungsgründe des Widerklägers unterbricht. Gründe: 1. Ebenso wie der prozessuale Zwang der §§ 616, 614 ZPO. muß auch das Recht auf Beseitigung des Ausschlusses die Widerklagegründe umfassen, denn die Mot. sehen die materielle Vorschrift des § 1447 Abs. 5 Entw. I, daß der zur Zeit der Klagerhebung nicht verjährte Scheidungsgrund nach Ablauf der Frist erhoben werden kann, als notwendige Konsequenz jenes prozessualen Zwanges an. 2. Die Mot. zu § 1449 würden sonst lückenhaft sein, weil sie die Möglichkeit, daß zwischen der Entstehung des Klagegrundes und der Klage erwachsene Widerklagegründe erlöschen können, nicht erwähnen. 3. Der Satz ist deshalb auch berechtigt, weil jeder Ehegatte das Recht für sich in Anspruch nehmen kann, zunächst einen Scheidungsgrund zu verschweigen.

§ 1574. 1. Abs. 1. **RG.** 23. 10. 05, JW. **05** 723. Die Schuldigerklärung darf nicht als Voraussetzung der Ehescheidung behandelt werden, sie ist nur eine Folge derselben. Der Rechtsbegriff des Verschuldens ist verkannt, wenn einem

Ehegatten um einer noch so gerechten Erbitterung willen Verstöße von besonderer Schwere nachgesehen werden.

2. Abs. 2. **RG. 59** 409. Eventuelle Widerklagen sind in Ehesachen zulässig.

3. Abs. 3. **a)** **RG.** 3. 4. 05, SeuffA. **60** 451. Der innere Grund der Vorschrift bedingt die Auffassung, daß entsprechend der Absicht eines Ausgleichs aller bis zur Verzeihung geschehenen Ehevergehen ein demnächstiges weiteres ehewidriges Verhalten als neues selbständiges Ehevergehen zu beurteilen ist. — **b)** **RG.** 19. 4. 05, GruchotsBeitr. **49** 1047 ff., PosMSchr. **05** 90. Die Befugnis gemäß Abs. 3 zu beantragen, daß auch Klägerin für schuldig erklärt werde, entfällt für den Beklagten durch Erhebung einer Widerklage auf Scheidung dann nicht, wenn das Recht auf Scheidung durch Verzeihung oder durch Zeitablauf ausgeschlossen ist (1049). — **c)** **RG.** 12. 1. 05, GruchotsBeitr. **49** 962 ff., PuchettsZ. **05** 257 ff., SeuffA. **60** 472 ff., ElsLothZ. **05** 257 ff. Auch dem Beklagten, der einmal Widerklage erhoben hat, ist das Recht aus Abs. 3 nicht unbedingt versagt, denn es kommt nur darauf an, daß zur Zeit der Fällung des Urteils eine Widerklage, sei es, daß eine solche überhaupt nicht erhoben worden ist, sei es, daß die erhobene nicht mehr verfolgt wird, nicht anhängig ist (966). — **d)** **RG.** 2. 6. 04, BadRpr. **05** 209. Auch verjährte Tatsachen können zur Begründung des Verlangens auf Schuldigerklärung aus Abs. 3 geltend gemacht werden.

§§ 1578, 1579. **RG.** 1. 12. 04, PuchettsZ. **05** 449. Die Bestimmungen der §§ 1578 und 1579 unterscheiden sich insofern, als insoweit § 1578 Anwendung findet, nur die Einkünfte des Vermögens der Frau zu berücksichtigen sind, soweit aber der Mann außerstande ist, ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts der Frau den Unterhalt zu gewähren, die Frau zuerst den Stamm ihres Vermögens verbrauchen muß, ehe sie die Unterhaltsbeiträge verlangen darf, die der Mann ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts nicht abgeben kann.

§ 1579. I. *Maatz, VerwA. **10** 54, **13** 309. § 1579 bezeichnet das Einkommen einer Person als die zum Unterhalte verfügbaren Einkünfte, die sich nach §§ 1427, 1585 (§§ 1367, 1578, 1602) in die Einkünfte ihres Vermögens, den Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts sondern, die vier Einkommensquellen Geldkapital, Grundvermögen, Gewerbe, gewinnbringende Beschäftigung. Maßgebend ist, wie nur das Reinvermögen, so nur der Reinertrag, Reingewinn (§§ 1214, 1389, 1655), der gefunden wird, nachdem vom Rohertrage die Gewinnungskosten, die Lasten der Sache, die Kosten der ordnungsmäßigen Erhaltung und Verwaltung gekürzt sind (§§ 582, 592, 994, 995, 998, 1041, 1214, 1384, 1430, 1619, 1656); die Versicherungskosten (§ 1045); die öffentlichen und die privatrechtlichen auf der Sache ruhenden Lasten (§ 1047), sowie die persönlichen Schuldenzinsen und andere wiederkehrende Leistungen (§ 1088). Den Gegensatz bilden die außerordentlichen, auf den Stammwert der Sache gelegten Lasten (§§ 995, 1047). — §§ 581, 987, 1039, 2133 verlangen ferner, daß der Rohertrag aus einer Sache ihrer Bestimmung gemäß nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gewonnen sei, also nicht durch Raubbau usw. Diese Summe der Reinerträge des Vermögens und der Arbeit bildet dann den Fonds, aus dem der eigene standesgemäße Unterhalt des Quelleninhabers und derjenige, der gesetzlich zum Unterhalte von ihm Berechtigten zu bestreiten ist (§§ 519, 829, 1389, 1603).

II. 1. Abs. 1. **a)** **OLG. 10** 283 (KG.). Der geschiedene und für schuldig erklärte Ehemann hat allen Unterhaltsansprüchen auch bei Konkurrenz eines Ehegatten oder Minderjährigen voll zu genügen, sofern nicht die Voraussetzungen

des Abs. 1 Satz 1 vorliegen (Dernburg, BGB. IV 93b). — **b)** **RG.** Puchelts Z. **05** 449. Die Anwendbarkeit des Satz 2 Abs. 1 wird nicht dadurch berührt, daß das Kind dem für schuldig erklärten Ehegatten Dienstleistungen macht.

2. Abs. 2. OLG. Darmstadt, HessRspr. **6** 34. Die unschuldige Ehefrau hat erst dann den Stamm ihres Vermögens aufzuzehren, wenn der wiederverheiratete schuldige Ehemann ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts nicht imstande ist, die sämtlichen Unterhaltsansprüche zu befriedigen. (Ebenso Planck Note 3 zu § 1579 und Dernburg, BGB. IV 93.)

§ 1584. HansGZ. **05** Beibl. 180 (Hamburg). Ein Ehevertrag ist nicht wie eine Schenkung im Falle der Scheidung vom unschuldigen Gatten widerrufbar, falls es sich in ihm nicht um eine Liberalität, sondern um eine reinliche Scheidung beider Teile hinsichtlich des bisherigen Samtguts handelte.

§ 1585. BayObLG., R. **05** 79. Die Frau ist sowohl während des Bestehens der Ehe als nach deren Scheidung verpflichtet, dem Manne aus den Erträgnissen ihres Vermögens oder des von ihr betriebenen Geschäfts einen angemessenen Beitrag zu den Kosten des Unterhalts der Kinder zu leisten und, falls sie die Beitragsfähigkeit bestreitet, ihr Unvermögen zu beweisen.

§ 1586. Bezüglich der streitigen rechtlichen Natur der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (vgl. JDR. **1**, **2**, **3** zu § 1586) vertritt *Meisner 216 f. die Ansicht, daß diese Gemeinschaftsaufhebung nicht eine gemäß § 1586 besonders gestattete Ehescheidung ist, daß vielmehr die Ehe, das Eheband bestehen bleibt, daß aber die Gemeinschaftsaufhebung — abgesehen von ihrer Unzulässigkeit wider Willen des anderen Ehegatten und vom Verbote der Eingehung einer neuen Ehe (§§ 1575, 1576, 1586) — alle mit der Scheidung verbundenen Wirkungen hat, insbesondere auch den Verlust des gesetzlichen Wohnsitzes der Frau und den Fortfall des Ehegattenerbrechts (§ 1931) herbeiführt.

Zweiter Abschnitt. Verwandtschaft.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vgl. JDR. **3** § 1589.

Zweiter Titel. Eheliche Abstammung.

§ 1591. WürttJ. **17** 200 (Stuttgart). In denjenigen Fällen, in welchen der Ehemann während der Empfängniszeit der Ehefrau beigewohnt hat, ist es mit den Anforderungen an den Gegenbeweis streng zu nehmen. Nur ein ganz zweifelsfreies Beweisergebnis vermag die gesetzliche Vermutung des Abs. 1 Satz 1 zu erschüttern. Eine Unwahrscheinlichkeit, daß das Kind von dem Manne erzeugt sei, reicht nicht aus.

§ 1593. OLG. **10** 284 (Cassel). Durch §§ 1593 ff. ist zum Ausdrucke gebracht, daß die Unehelichkeit von niemandem geltend gemacht werden kann, solange nicht der Mann die Ehelichkeit angefochten hat, und daß hiervon eine Ausnahme nur für den Fall besteht, wenn der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit angefochten, aber auch ohne das Anfechtungsrecht durch Versäumung der Anfechtungsfrist verloren zu haben. Durch § 1593 wird mithin das ausschließliche Recht des Mannes zur Anfechtung der Ehelichkeit bestimmt und diese Anfechtung kann nur auf einem der in den §§ 1596 und 1597 bezeichneten Wege erfolgen. Von dieser nur dem Manne zustehenden Anfechtung der Ehelichkeit verschieden ist die Geltendmachung der Unehelichkeit. Diese steht, wenn sie nach § 1593 überhaupt erfolgen darf, einem jeden Interessenten zu und geschieht lediglich nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze im Wege des Prozesses, sei es, wenn die Voraussetzungen der §§ 256, 280 ZPO. gegeben sind, durch Fest-

stellungsklage, sei es als Präjudizialpunkt bei Gelegenheit der Geltendmachung eines von der Unehelichkeit des Kindes abhängigen Anspruchs.

§ 1594. a) SächsA. **15** 545 (Dresden). Den anfechtenden Kläger trifft nicht der Nachweis der Rechtzeitigkeit der Anfechtung. Vielmehr hat man, da es sich um eine Ausschlußfrist handelt, anzunehmen, daß die Beklagte für die Versäumnis der Anfechtungsfrist beweispflichtig ist. b) OLG. **9** 456 (Kiel). Nicht der anfechtende Kläger, sondern der Gegner hat den Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis zu beweisen.

§ 1598. a) SächsOLG. **26** 506, FischersZ. **29** 302 (Dresden). Die Anzeige des Ehemanns beim Standesamte, daß die Frau ein Kind geboren habe, enthält nicht ohne weiteres ein Anerkenntnis der Vaterschaft und steht daher der Anfechtungsklage aus §§ 1594 ff. nicht schlechthin entgegen. b) OLG. **10** 285 (Hamburg). In der Anmeldung einer Geburt beim Standesamte kann eine auf Anerkennung gerichtete Willenserklärung nicht gefunden werden. Vgl. **RG.** JDR. 3.

Dritter Titel. Unterhaltspflicht.

Vorbemerkung: Unter den Abhandlungen, welche sich mit Fragen aus diesem Titel befassen, sei vor allem auf die an die Entscheidung des OLG. Cöln (JDR. 3 § 1602 Ziff. 4) sich anschließenden Erörterungen hingewiesen. Beachtung verdienen ferner die Aufsätze von Henle und Ritter. Aus der Rechtsprechung sind verschiedene wichtige Entscheidungen mitgeteilt.

Literatur: Hamm, Eheverträge zwecks Umgehung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, DJZ. **05** 54. — Henle, Unterhaltsanspruch und anfechtbare Unterhaltsunfähigkeit, SeuffBl. **05** 762. — Imhoff, Eheverträge zur Umgehung der gesetzl. Unterhaltspflicht, DJZ. **05** 209. — Ritter, Können Eheleute sich der gesetzlichen Unterhaltspflicht usw. entziehen? R. **05** 10.

§ 1601. 1. *Ritter, R. **05** 10 f. Recht auf Unterhalt und Anspruch auf Unterhalt sind zu unterscheiden. Das Recht auf Unterhalt ruht lediglich auf dem Verwandtschaftsverhältnis und ist (im Gegensatze zum Anspruch auf U.) von Bedürftigkeit und Leistungsfähigkeit unabhängig. Dieses Recht wird dadurch verletzt (BGB. § 823 Abs. 1), daß Eheleute die zwischen ihnen bestehende Gütergemeinschaft aufheben, einen sich dabei ergebenden Überschuß der Aktiva des Samtguts über dessen Passiva dem Ehemanne zuweisen und die Ehefrau auf diese Weise leistungsunfähig machen.

2. BadRpr. **05** 203 (Karlsruhe). Für die Unterhaltspflicht ist vom 1. 1. 00 ab nur BGB. maßgebend. Einem Unterhaltspflichtigen, der den ganzen Unterhalt gewährt hat, steht kein Rückgriffsrecht gegen einen Verwandten zu, der früher leistungsunfähig war, nach Erlöschen der Unterhaltspflicht aber zu Vermögen gekommen ist.

§ 1602. *Maatz, VerwA. **10** 54, **13** 709. (Weiteres s. o. § 1579 Ziff. I.) § 1603 Abs. 2 Satz 2 scheiden, entsprechend insbesondere auch den §§ 7 und 8 PrEinkStG., das Stammvermögen, den Stammwert einer Sache scharf von den Einkünften, wohingegen in §§ 110, 1603 Abs. 2 Satz 1, 1627, 1793, 1806, Art. 42 I EG. unter Vermögen, Mittel, das Stammvermögen, seine und sonstige Einkünfte zusammengefaßt sind, und §§ 1367, 1651 mit Vermögen, Gut, sogar nur Einkünfte bezeichnet. Maßgebend ist nur das Reinvermögen, der Überschuß (§ 1476); einen (anderen) Überschuß kennt § 734; der Gegensatz ist die Überschuldung.

§ 1603. 1. Hamm, DJZ. **05** 54; Imhoff, ebenda 209. Hat der Unterhaltspflichtige, um sich dem Unterhalte zu entziehen, sein Vermögen übertragen, so schließt das seine Verurteilung nicht aus; doch ist die Vollstreckung dieses Urteils, wenn mit der Unterhaltsklage die Klage auf Anfechtung der Über-

tragung nicht verbunden wird, davon abhängig zu machen, daß die Anfechtung der Übertragung gegenüber dem Empfänger Erfolg hat. — Dagegen Meikel, R. **05** 72. Unterhaltspflichtig ist aber nur der nicht, der außerstande ist, den Unterhalt zu gewähren. Diese Unfähigkeit wird durch die Anfechtung und die dadurch erfolgte Bereitstellung von Vollstreckungsobjekten beseitigt. Auch besteht kein Unterschied zwischen Zahlungsunfähigkeit nach dem Anfechtungsgesetz und Unfähigkeit zum Unterhalte, da pfändbare Habe, die eine Unterhaltspflicht nicht begründen kann, auch für die Vollstreckung eines Urteils auf Unterhalt als nicht vorhanden anzusehen ist und deshalb eine Anfechtung der Übertragung des übrigen Vermögens nicht ausschließt.

2. *Ed. Henle, SeuffBl. **05** 762 ff. Bei Unfähigkeit infolge eines vom Unterhaltspflichtigen zu vertretenden Umstandes bleibt der Unterhaltsanspruch als Interesseanspruch aufrecht. (Näheres o. Ziff. 2 zu § 280).

3. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 95, schließt sich dem **RG.** **57** 69 ff., IW. **04** 205 (IDR. **3** § 1603 Ziff. 3) an. Hiernach ist es, nachdem der beklagte Vater bewiesen hat, daß für ihn die Voraussetzungen des § 1603 Abs. 1 vorliegen, zunächst Sache der Kläger, den eventuellen Beweis zu erbringen, daß auch die Mutter nicht leistungsfähig ist. Erst wenn dieser Beweis erbracht ist, tritt die gesteigerte Pflicht des Vaters ein.

4. OLG. **10** 1 (Hamburg). Sind die Kinder dem Vater zugesprochen, kann dieser sie aber nicht unterhalten, so ist die Mutter nur insoweit unterhaltspflichtig, als nach Bestreitung ihrer notwendigsten Bedürfnisse noch etwas übrig bleibt.

5. Abs. 2. **a)** R. **05** 253 (Jena). Die gesteigerte Unterhaltspflicht, welche nach § 1603 Abs. 2 den Eltern ihren minderjährigen Kindern gegenüber obliegt, betrifft in erster Linie den Vater, der sich durch den Nachweis befreien kann, daß die Mutter in der Lage sei, ohne Gefährdung ihres standesgemäßen Unterhalts den Kindern den ganzen Unterhalt zu gewähren. Beweisen aber die Unterhaltsberechtigten, daß die Mutter nach § 1603 Abs. 1 an sich nicht unterhaltspflichtig wäre, so verbleibt es in Ermangelung eines weiteren unterhaltspflichtigen Verwandten bei der gesteigerten Unterhaltspflicht des Vaters. — **b)** OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 95. Auch die neben dem Vater haftende Mutter des Alimentationsberechtigten ist i. S. des § 1603 Abs. 2 als ein „anderer unterhaltspflichtiger Verwandter" anzusehen.

§ 1604. *Ed. Henle, SeuffBl. **05** 754 ff. Die seit Aufhebung einer GG. anfallenden Unterhaltsleistungen eines Ehegatten werden nicht mehr Gesamtgutsverbindlichkeiten. Indessen brechen sich die Wirkungen dieses Satzes bezüglich der Gesamtgutshaftung an dem Verbote der Gläubigerbenachteiligung. Hieraus und bei der Analogie zwischen eingebrachtem Gut und Gesamtgut folgt der allgemeine Satz, daß überhaupt nicht, auch nicht für die Zukunft, der Ehemann die Nutzungen des Eheguts oder die Ehegatten das Gesamtgut nebst Nutzungen, sowie die Nutzungen ihrer Sonder= (§ 1439 BGB.) oder eingebrachten Güter dem Befriedigungsrechte ihrer gesetzlichen Unterhaltsberechtigten, sei es als dessen Grundlagen oder als dessen Befriedigungsmittel, durch anfechtbare Vermögensschiebungen (Eheverträge oder Auseinandersetzungen) entziehen können (s. o. § 280 Ziff. 2).

§ 1606. A. Meyer, DIZ. **05** 166; abw. Teutsch, ebenda 310. Die Unterhaltspflicht der Mutter gegenüber Kindern, welche zum Hausstande des Erblassers gehören, beginnt nicht mit dem Tode des Vaters, sondern mit dem Ablaufe des Dreißigsten (§ 1969 BGB.).

§ 1611. 1. **RG.** IW. **05** 283. Die Vorschrift des § 1611 findet auf den Unterhaltsanspruch eines Ehegatten gegen den anderen keine Anwendung. Eine Beschränkung auf den notdürftigen Unterhalt kann bezüglich eines Ehegatten

nur auf die Vorschrift des § 1611 Abs. 2 gestützt werden, die neben den Eltern und Abkömmlingen auch den Ehegatten ausdrücklich erwähnt.

2. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 94. Nach RG. JW. **01** 870 (JDR. **1** § 1612) kann § 1612 Abs. 2 nur dann in Betracht kommen, wenn die Kinder die in natura gewährte Art des Unterhalts entgegenzunehmen in der Lage sind. Das trifft nicht zu, wenn sie sich im unmündigen Alter in Obhut der geschiedenen Frau befinden, zumal wenn diese in New-York wohnt. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß die Ehefrau der schuldige Teil ist und Beklagter (Vater) ihr gegenüber berechtigt sein mag, Herausgabe der Kinder zu verlangen. Erst wenn er diesen Anspruch durchgeführt und für die Überführung der Kinder gesorgt haben würde, könnte sein Angebot, den Unterhalt in natura zu gewähren, als Erfüllungsbereitschaft i. S. des § 1612 Abs. 2 gelten. Bis dahin muß er ihn, sofern er unterhaltspflichtig ist, gemäß § 1612 Abs. 1 in Geldrente gewähren.

§ 1612. 1. *Feder, Verwandtschaftsrecht 14. Kinder, die verheiratet gewesen sind, und deren Ehe getrennt ist, gehören nicht zu den „unverheirateten Kindern" im Sinne des Gesetzes.

2. SächsA. **15** 633 (Dresden). Das in § 1612 Abs. 2 jedem Elternteil eingeräumte Recht erleidet im Falle der Scheidung der Ehe notwendig eine Ausnahme insofern, als es in diesem Falle nur in einer Weise ausgeübt werden darf, die mit dem Rechte des anderen, mit der Sorge für die Person des Kindes betrauten Elternteils vereinbar ist. Der unterhaltspflichtige Teil, dem nach § 1635 die Sorge für das Kind nicht zusteht, kann nicht verlangen, daß ihm dasselbe überwiesen werde, damit er es bei sich selbst unterhalten könne. Solange nicht durch das Vormundschaftsgericht eine abweichende Anordnung getroffen ist, ist für die Anwendung des § 1612 Abs. 2 kein Raum.

3. WürttJ. **17** 201 (Stuttgart). Nach dem Wortlaute des § 1612 Abs. 2 hat das Vormundschaftsgericht nur dann einzugreifen, wenn der unterhaltspflichtige Elternteil über die Art der Unterhaltsgewährung eine Bestimmung getroffen hat und eine Abänderung dieser Bestimmung in Frage kommt. Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so ist auch ein Streit über die Art der Unterhaltsgewährung vor den ordentlichen Gerichten zum Austrag zu bringen.

§ 1613. ThürBl. **52** 250 ff., 254. Die Beschränkung des § 1613 ist auf den Ersatzanspruch des Armenverbandes nicht anzuwenden. Wollte man sie zulassen, so würde in vielen Fällen der Armenverband eines großen Teiles seiner Ersatzansprüche verloren gehen, weil der Unterstützte meist die Maßregeln nicht ergreift, die nach § 1613 die Erfüllung des Unterhaltsanspruchs auch für die Vergangenheit sichern, und es dem Armenverbande meist erst nach längerer Zeit gelingt, den unterstützungspflichtigen Verwandten zu ermitteln und in Verzug zu setzen oder zu verklagen. Die gegen den Verwandten in der Ausschließung des § 1613 liegende Härte wird durch die kurze Verjährungsfrist von vier Jahren (§ 197 BGB.) gemildert.

§ 1614. SeuffA. **60** 145 (Bamberg). Vgl. JDR. **1** § 1614. Eine Vereinbarung, daß eine höhere Leistung künftig nicht zu erfolgen brauche, auch wenn sie nach dem Gesetze gewährt werden müßte, ist nach § 1614 Abs. 1 nichtig.

Vierter Titel. Rechtliche Stellung der ehelichen Kinder.

I. Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde im allgemeinen.

Vorbemerkung: Über den Namenserwerb hat das Berichtsjahr nur wenig Bemerkenswertes gebracht; zu erwähnen wäre höchstens ein Erkenntnis des KG. über die Führung adliger Namen von Ausländern in Preußen und ein Urteil des PrOVG. über die Bedeutung des Eintrags von Vornamen in lateinischer Sprache in das Kirchenbuch.

Dagegen ist die Namensänderung in Literatur und Rechtsprechung behandelt worden, hauptsächlich die Frage, wann ein Namenszusatz als Änderung des Vornamens oder des Familiennamens aufzufassen ist, ferner die Beifügung des Mädchennamens der Ehefrau, deren Zulässigkeit das KG. verneint. — Die Aussteuer und die Ausstattung haben ausführliche Bearbeitung gefunden in den Monographien von Starke und Zimmermann; unter anderem ist die Frage eingehend erörtert, wer zur Aussteuergewährung verpflichtet ist und in welcher Reihenfolge die Haftung der einzelnen eintritt (§ 1620 Ziff. 4), ferner der Einfluß der Verzeihung einer Verfehlung (§ 1621) und die Vererblichkeit (§ 1623).

Literatur: (Keidel, Scherer, Tänzler s. o. zu § 12.) — Bartolomäus, Mitgiftversprechen und Schenkung, DJZ. **05** 259. — Beyer, Surrogation. Marburg 1905. — Landsberg, Nochmals die Rechtsprechung in Mitgiftprozessen, PosMSchr. **05** 157 ff. — Lobe, ZBlFG. 5 577 (Besprechung von Strohals Erbrecht). — Örtel, Die Namensfeststellung nach § 1706 BGB., FischersZ. **29** 223 ff. — Starke, Behandlung der Aussteuer und des Aussteueranspruchs im BGB. Leipzig 1905. — v. Walther, Haushalt, Haushaltung und Angehörige im EinkSt.- und EinkStErgänzG., PrVerwBl. **26** 573 ff., 593 ff. — Zimmermann, Die Aussteuer und die Ausstattung nach BGB. Berlin 1905.

§ 1616. I. 1. Namensfeststellung. Tänzler (s. o. § 12 Ziff. I 2). Die Vornamengebung ist Ausfluß der elterlichen Gewalt und der tatsächlichen Fürsorge für das Kind; Recht und Pflicht hat der Vater (§ 1627), die außereheliche Mutter (§ 1707), gegebenenfalls der Vormund (§ 1793), unter Umständen auch die Behörde (§ 24 Abs. 2 PStG.). Zweifel über den richtigen Vornamen betreffen deshalb nur die Frage, ob der geführte Vorname der von dem Berechtigten beigelegte ist. Hier wird regelmäßig das Berichtigungsverfahren betreffs des Geburtsregisters nach § 65, 66 PStG. Platz greifen.

2. Namensänderung. Tänzler (s. o. § 12 Ziff. I 3b).

II. Namenserwerb. 1. Familiennamen. Örtel, FischersZ. **29** 241. Inwieweit der nach § 1706 dem Kinde erteilte Name auf dessen Kinder übergeht, richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über den Erwerb des elterlichen Namens seitens der Kinder; die vor der Namenszuteilung vorhandenen Kinder des betreffenden Kindes werden durch die Namensänderung an sich nicht berührt.

2. Adeliger Name insbesondere. **a)** Scherer, PucheltsZ. **36** 292 ff., 385 ff. Das uneheliche Kind einer Adligen ist im Standesregister mit „von" einzutragen, aber deshalb gehört es nicht dem Adel an. Vgl. auch **RG.** PuchelsZ. **36** 293 u. o. § 12 Ziff. I 4. — **b)** Die JDR. **3** zu § 1616 I 2b mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch OLG. **10** 43. — **c)** KG., BöhmsZ. **15** 329 = KGJ. **28** A 171 ff. (o. § 12 Ziff. II 3b). War der von einem außerpreußischen Regenten mit dem Freiherrntitel Beliehene zur Zeit dieser Verleihung Preuße, so darf er den Freiherrntitel nur mit Genehmigung des Königs von Preußen führen. Die öffentlich-rechtliche Frage, ob jemandem der Adel verliehen sei, haben nicht die Gerichte, sondern das Heroldsamt zu entscheiden; das bezieht sich jedoch nicht auf das ausländische Adelszeichen eines Ausländers.

3. Vornamen. PrOVG., DJZ. **05** 1013. Die Eintragung des Vornamens in das Kirchenbuch in lateinischer Sprache gemäß der VO. v. 21. 2. 1820 f. d. Grh. Posen ist nicht zur Festlegung des Namens in der Form dieser toten Sprache bestimmt, die der wirklichen Namengebung durch die Eltern nicht entspricht, sondern läßt den Nachweis, in welcher Gestalt der Vorname erteilt ist, offen. Die tatsächliche Übung, der tägliche Gebrauch wird in der Regel Zweifel bei der Feststellung des von den Eltern wirklich beigelegten Vornamens beseitigen. Für die Umwandlung der lateinischen in die deutsche Form eines von den Eltern polnisch erteilten Vornamens kann weder das Kirchenbuch noch die

väterliche Namenswahl noch die spätere tatsächliche Übung geltend gemacht werden (JDR. 3 Ziff. II 4 zu § 12).

III. Änderung des Familiennamens. 1. OLG. 10 230 (KG.). „L. genannt St.“ ist ein Doppelname. Verbotene Namensänderung ist nicht nur die Ablegung des bisherigen Namens, sondern auch Änderung des beibehaltenen Namens, auch Änderung der Schreibweise, z. B. Änderung des Namens „L. genannt St.“ in „L.-St.“, wobei vorausgesetzt wird, daß „L. genannt St.“ der rechtmäßige Name ist und es sich nicht um einen willkürlichen Zusatz handelt (vgl. o. § 12 Ziff. II 2).

2. FrankfRundsch. 39 135 (KG.). In Preußen (KabO. v. 15. 4. 22; Erl. v. 12. 7. 67) bedarf die Änderung der Familien- oder Geschlechtsnamen der Erlaubnis des Königs oder der delegierten Behörde. Namensänderung ist aber nicht nur Vertauschung des bisherigen mit einem anderen Namen, sondern auch Änderung des beibehaltenen Namens. Der Zusatz eines anderen Familiennamens, selbst desjenigen der Ehefrau ist also unzulässig; auch eine allgemeine Sitte ändert daran nichts, da gegenüber der Verbotsvorschrift eines Strafgesetzes die Bildung eines Gewohnheitsrechts unzulässig ist (s. JDR. 3 zu § 1616 II 1 b).

IV. Änderung des Vornamens oder des Familiennamens. 1. Keidel, SeuffBl. 05 10 ff. In Bayern fehlen Bestimmungen darüber, was als Änderung des Vornamens anzusehen ist; nur für den Familiennamen verfügt auf Grund Art. 3 Abs. 1 BayAGBGB. und § 3 VO. v. 24. 12. 99 der § 6 Abs. 2 d. Bek. v. 27. 12. 99, daß auch die Beifügung eines weiteren Namens oder eines sonstigen Zusatzes als Änderung des Familiennamens anzusehen ist. Hiernach kann Beifügung eines weiteren Namens wohl Änderung des Geschlechtsnamens sein, muß es aber nicht sein. Ob Änderung des Geschlechtsnamens oder Vornamens vorliegt, darüber entscheidet nicht in erster Linie der Wille der Person, sondern der durch die Änderung herbeigeführte Namenszustand, wobei die Stellung des neuen Namens und die Art der Verbindung mit dem bisherigen Namen von Bedeutung ist. Bei Einreihung eines weiteren Namens zwischen dem bisherigen Vornamen und dem Familiennamen ist es zweifelhaft, ob dadurch der Familienname geändert werden soll, wenn nicht schon der Klang des Namens ihn unbedingt als Vornamen erkennen läßt. In solchen Zweifelsfällen kann der Wille des Namensträgers von ausschlaggebender Bedeutung sein (s. o. § 12 Ziff. I 3c und JDR. 3 zu § 1616 aE.).

2. BayObLG., SeuffBl. 05 300, R. 05 246, erörtert die Frage, ob ein Zusatz zu dem Namen Änderung des Familiennamens oder Beilegung eines weiteren Vornamens ist: ersteres ist der Fall, wenn aus der engen Verbindung des weiteren Namens mit dem Familiennamen deren Zusammengehörigkeit ersichtlich wird, z. B. durch Bindestrich, durch Ausschreiben beider oder Schreiben beider mit lateinischer Schrift im Gegensatze zu dem abgekürzt oder deutsch geschriebenen Vornamen. Die Absicht des Namensträgers, den Beinamen als Vornamen zu gebrauchen, ist unerheblich, wenn er nach allgemeiner Übung als Zusatz zum Familiennamen erscheint (s. JDR. 3 § 12 Ziff. I 2 b u. § 1616 A II 4).

§ 1617. **a)** PrOVG., DJZ. 05 821, in einer Einkommensteuersache: Die Voraussetzungen des § 1617 treffen nicht zu, wenn ein im elterlichen Erwerbszweige tätiges Kind für seine Dienste eine ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Vergütung erhält, dann wird es nicht „unterhalten“; die Vergütung rechnet dann zu den Betriebskosten, auch wenn ihr Betrag innerhalb der Grenzen der Unterhaltspflicht sich hält (s. JDR. 2 zu § 1617 Ziff. 5 b). — **b)** v. Walther, PrVerwBl. 26 596. Gleichgültig ist, ob das Kind sich den Unterhalt selbst zu verschaffen imstande ist oder nicht, ob der Unterhalt auf Grund gesetzlicher Pflicht oder freiwillig geleistet wird; auch erwerbsfähige und volljährige Kinder bleiben

daher, solange sie dem elterlichen Hausstand angehören, zu Dienstleistungen verbunden (aA. Fuisting, Einkommensteuer der Zukunft 87). Aufwendungen der Eltern für ihre in ihrem gewerblichen oder landwirtschaftlichen Betrieb beschäftigten Kinder sind daher im Zweifel nicht Arbeitsvergütung, tragen vielmehr den Charakter des Familienunterhalts und dürfen deshalb bei der Einkommensteuereinschätzung nicht abgezogen werden. Abzugsfähig sind aber alle auf ausdrücklicher Vereinbarung beruhenden Vergütungen, auch wenn sich der Betrag innerhalb der Alimentationsgrenze bewegt; der Angehörige erhält hierdurch die Stellung des Gehilfen, Knechtes, Gesellen. — **c)** BayObLG. **6** 179. Den Kindern, die auf Verlangen der Eltern aus auswärtigen Dienstverhältnissen zurückkehren, um den Eltern bei Bewirtschaftung des Anwesens Dienste zu leisten wie Dienstboten, wird im Sinne des BayLR. Teil 7 Kap. IV § 3 Nr. 2 „etwas bedungen", wenn die Eltern ihnen die bei Dienstboten übliche Vergütung zusichern, wie im Falle der Zusicherung einer Vergütung ohne Bestimmung der Höhe.

§ 1620. 1. Entstehung des Aussteueranspruchs. — **a)** Zimmermann 10 ff. Der Aussteueranspruch entsteht im Zeitpunkte der Eheschließung; die Umstände zu dieser Zeit sind auch ausschließlich maßgebend für die Angemessenheit (Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Eltern, deren soziale Stellung, Ortssitte, Stand und Rang, nicht Vermögen des Ehemanns der Tochter); die Größe der Aussteueransprüche mehrerer nicht gleichzeitig heiratender Töchter und die Verteilung der Last unter die Eltern kann deshalb verschieden sein. Feststellungsklage ist schon vor der Ehe zulässig unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO., aber nur Klage auf Feststellung des Bestehens des Anspruchs als solchen, da der Umfang sich nach dem ungewissen Zeitpunkte der Eheschließung richtet (s. a. Meisner, Note zu § 1620). — **b)** Die IDR. **3** zu § 1620 Ziff. 1 Abs. 2 mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch SeuffA. **60** 208, PucheltsZ. **36** 106. — **c)** *Starke 43. Einen Arrest kann die Tochter vor der Verheiratung gegen den Aussteuerschuldner nicht ausbringen, denn ihr Anspruch ist nicht einmal bedingt vorhanden (**RG. 58** 139 ff.; § 916 ZPO.). Ebensowenig ist Raum für eine einstweilige Verfügung, denn es handelt sich nicht um eine Individualleistung. AM. Staudinger § 1620 Note 7b.

2. Gegenstand des Aussteueranspruchs. — **a)** *Starke 9, 53 ff., 55 ff. Die Aussteuerschuld ist eine Gattungsschuld. Der Aussteuerpflichtige bestimmt die zuzuwendenden Aussteuersachen selbständig, er muß aber den gerechtfertigten Wünschen der Tochter Rechnung tragen und darf deren Interessen nicht verletzen. Die Aussteuergläubigerin kann Erfüllung der Aussteuerpflicht in erster Linie nur durch Zuwendung der Aussteuersachen in natura als Sachinbegriff verlangen. Das Verlangen der Zahlung eines bestimmten, dem Werte einer angemessenen Aussteuer entsprechenden Geldbetrags an Stelle der Naturalleistung muß durch besondere Umstände (Verzug des Aussteuerschuldners, Besorgnis der mangelhaften Erfüllung der Aussteuerpflicht usw.) gerechtfertigt sein. Das auf Gewährung einer Aussteuer von bestimmtem Werte in natura lautende Urteil kann weder nach §§ 883, 884, noch nach § 888 ZPO. vollstreckt werden (nur Interesseforderung, § 893 ZPO.). — **b)** Zimmermann 1 ff. Die Aussteuerpflicht kann nach Wahl des Verpflichteten durch Leistung der Sachen oder eines Geldbetrags erfüllt werden; jedoch kann aus § 242 eine Pflicht zur Geldleistung gefolgert werden, wenn von dem Schuldner nicht die erforderliche Rücksicht auf die Wünsche der Tochter zu erwarten ist, wenn diese ihre Aussteuersachen schon anderweit bei Weigerung des Schuldners beschafft hat oder der Hausstand der Tochter von dem Wohnsitze des Schuldners weit entfernt ist, auch wenn mehrere Aussteuerschuldner sich über die zu gewährenden Sachen nicht einigen können (9); s. IDR. **1** zu § 1620 Ziff. 2 aE. u. **3** zu § 1620 Ziff. 2.

3. Leistungsfähigkeit und Bedürftigkeit. — a) *Starke 47. Ein Aussteueranspruch ist nur dann nicht begründet, wenn das Vermögen der Tochter zur Beschaffung einer angemessenen Aussteuer vollständig ausreicht. Der Anspruch darf nicht insoweit ausgeschlossen werden, als das — zur Anschaffung der gesamten angemessenen Aussteuer nicht ausreichende — Vermögen der Tochter reicht. — AA. Zimmermann 8. Aussteuerpflicht nur hinsichtlich des fehlenden Teiles (s. IDR. **1** zu § 1620 Ziff. 1c). — **b)** Beweislast. *Starke 45, 48. Die Tochter hat die Leistungsfähigkeit des in Anspruch genommenen Aussteuerschuldners und ihre Aussteuerbedürftigkeit als Anspruchsvoraussetzungen zu beweisen (Leonhard, Beweislast 426). AA. Zimmermann 8ff, der der Tochter den Beweis der Leistungsfähigkeit der Eltern, den Eltern den Beweis dafür auferlegt, inwieweit das Vermögen der Tochter ausreicht (s. IDR. **1** zu § 1620 Ziff. 4 u. **2** zu § 1620 Ziff. 3.

4. Verpflichtete. a) Die Mutter der für ehelich erklärten Tochter und die Adoptiveltern. — α. *Starke 33 ff. Die uneheliche Mutter haftet ihrer für ehelich erklärten Tochter im Verhältnisse zu deren Erzeuger (§§ 1723, 1736) trotz § 1737 Abs. 2 ähnlich wie eine eheliche Mutter nur subsidiär (Analogieschluß aus § 1739 und § 1620 Abs. 1 Satz 2). Auch die Haftung der leiblichen Eltern (§ 1764) ist im Verhältnisse zum Annehmenden nur subsidiär (Analogieschluß aus § 1766). — β. Zimmermann 5 ff. § 1766 ist nicht anwendbar, da Aussteuer- und Unterhaltspflicht selbständig geregelt sind. Es haften daher gemäß § 1764 die Annehmenden neben den leiblichen Eltern; neben dem Annehmenden, der nicht Ehegatte des Vaters oder der Mutter der Tochter ist, haftet in erster Reihe der leibliche Vater, in zweiter die leibliche Mutter, bei Annahme durch ein Ehepaar haften in erster Reihe der annehmende wie der leibliche Vater nebeneinander, bei Wegfall des leiblichen Vaters die leibliche Mutter neben dem annehmenden Vater und vor der annehmenden Mutter, bei Wegfall des annehmenden Vaters die annehmende Mutter neben dem leiblichen Vater und vor der leiblichen Mutter, bei Wegfall beider Väter beide Mütter wahlweise, da die leibliche Mutter nur bei Verpflichtung des leiblichen Vaters, die annehmende Mutter nur bei Verpflichtung des annehmenden Vaters auf Befreiung von der Aussteuerpflicht sich berufen könne (s. IDR. **3** zu § 1620 Ziff. 3). — **b)** Einfluß der Leistungsunfähigkeit eines Verpflichteten. — α. *Starke 50, 51, 81. Von einer Haftung der Frau „für den Aussteuerausfall bei teilweiser Leistungsunfähigkeit des Mannes" kann keine Rede sein. Vermag der Mann überhaupt eine, wenn auch noch so geringe Aussteuer zu gewähren, so ist die Frau nicht aussteuerpflichtig. Die Frau haftet auch nicht bei Erfolglosigkeit der gegen den Mann geführten Zwangsvollstreckung subsidiär. Der Eintritt der Haftung der Frau infolge des Todes oder der Leistungsunfähigkeit des Mannes ist nur möglich, sofern gegen den Mann ein Anspruch nicht entstanden ist. — β. Zimmermann 85. Soweit ein Elternteil nicht leistungsfähig ist, trifft den anderen Teil die Aussteuerpflicht, sofern er leistungsfähig ist.

5. Berechtigte. DIZ. **05** 320 (Dresden) folgert aus §§ 1363, 1380, daß der Mann zur Geltendmachung des Aussteueranspruchs der Frau befugt sei, da dieser Anspruch in vollem Umfang, auch soweit er auf Gewährung der zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen gehe, zum eingebrachten Gute gehöre; § 1623 stehe nicht entgegen (s. IDR. **1** zu § 1620 Ziff. 4).

6. a) *Starke 92 ff. Die Gewährleistungspflicht des auf Grund des § 1620 Aussteuerpflichtigen richtet sich nicht nach den Kaufs- oder Schenkungsgrundsätzen, sondern in Ermangelung spezieller Vorschriften nach den entsprechend anwendbaren §§ 2182 Abs. 1, 2183. Hat der Aussteuerpflichtige eine das angemessene Maß übersteigende und insoweit als Ausstattung oder Schenkung auf-

zufassende Aussteuer gewährt, so haftet er, sofern sich feststellen läßt, daß die mangelhafte Sache nicht zur gesetzlich geschuldeten Aussteuerleistung gehört, nach § 1624 Abs. 2 und den Schenkungsgrundsätzen, anderenfalls im Interesse der Tochter nach den strengeren Grundsätzen der §§ 2182, 2183. — **b**) Staudinger (§ 1620 Note 5 d) will den Aussteuerpflichtigen nach §§ 445, 493 wie einen Verkäufer haften lassen. Ebenso Zimmermann 2 (s. IDR. **1** zu § 1620 Ziff. 3 a. E.).

7. Anfechtung und Nichtigkeit. — **a**) *Starke 27. Die nach § 1620 geschuldete Aussteuerzuwendung ist der Anfechtung nach § 32 Nr. 1 KO. und § 3 Nr. 3 AnfG. entzogen. — **b**) *Starke 40 Note 5. Ist die Ehe der Tochter nichtig, so kann auch der Aussteuerpflichtige die Nichtigkeitsklage erheben (§ 632 ZPO.).

8. Beyer, Surrogation 256. Die Gewährung einer Aussteuer ist als eine Zuwendung im Sinne des § 1369 anzusehen.

§ 1621. 1. Mangel der elterlichen Einwilligung. Gegen die IDR. **1** zu § 1621 Ziff. 1a mitgeteilte Ansicht Süßheims führt Zimmermann 14 ff. aus, daß es für das Erfordernis der elterlichen Einwilligung auf die Vollendung des 21. Lebensjahrs, nicht auf beschränkte Geschäftsfähigkeit ankomme, da letzterenfalls nur die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nach § 1304 erforderlich sei, daß deshalb die Gleichstellung der entmündigten oder unter vorläufige Vormundschaft gestellten Tochter mit der noch nicht 21 Jahre alten Tochter abzulehnen sei, daß andererseits der noch nicht 21 Jahre alten, aber für volljährig erklärten Tochter die Aussteuer verweigert werden könne, wenn das Vormundschaftsgericht die Ersetzung der elterlichen Einwilligung abgelehnt hat.

2. Verfehlung und deren Verzeihung. — **a**) Zimmermann 18. Verzeihung der Verfehlung nach der Eheschließung ist einflußlos. Ist die Verfehlung nach der Eheschließung begangen, so werden durch den Wegfall des Anspruchs gegen den Verletzten die Ansprüche gegen die anderen Elternteile nicht erweitert; lag dem Verletzten nach der Rangordnung auf Grund seiner Leistungsfähigkeit die Aussteuerpflicht allein ob, so geht die Tochter leer aus. Das gleiche muß aber bei Verfehlung vor der Ehe gelten, da auch hier die übrigen Elternteile nur dann und insoweit in der gesetzlichen Reihenfolge in Anspruch genommen werden können, als der Verletzte zur Gewährung außerstande ist, während seine Berechtigung zur Verweigerung aus § 1621 Abs. 2 ohne Einfluß ist. — **b**) *Starke 71, 74 ff. Die Einreden des Abs. 1 und des Abs. 2 gehen durch nachträgliche Genehmigung und Verzeihung verloren, gleichviel, ob die Verzeihung vor oder nach dem Eheschluß erfolgt. Die Einrede des Abs. 2 ist auch begründet, wenn die Verfehlung erst nach der Eheschließung begangen ist (s. IDR. **1** zu § 1621 Ziff. 3).

§ 1622. 1. *Starke 63 ff., 65. Die Erfüllung eines Aussteueranspruchs hat außer der Wirkung der Erfüllung des in concreto entstandenen Anspruchs die Nebenwirkung, daß dem objektiven Tatbestande die ihm innewohnende Kraft, einen weiteren Anspruch zu erzeugen, genommen wird. § 1622 gilt nur, wenn ein früher gültig entstandener Aussteueranspruch durch Aussteuerzuwendung, durch Leistung an Erfüllungsstatt usw. befriedigt worden ist, oder wenn etwa die Tochter den früheren Anspruch vergleichs- oder verzichtsweise aufgegeben hat, nicht aber, wenn früher eine Ausstattung (§ 1624) zugewendet worden ist. Eine früher in Erwartung des Abschlusses einer Ehe, die aber dann nicht zustande kam, zugewendete Aussteuer kann von dem Elternteil zurückgefordert werden (§ 812). Wird der Elternteil vor Befriedigung dieses Kondiktionsanspruchs durch Verheiratung der Tochter aussteuerpflichtig, so hat er wegen seines Kondiktions-

anspruchs gegenüber dem jetzt entstandenen Aussteueranspruch ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273).

2. Gültigkeit der früheren Ehe. Zimmermann 20. Die frühere Ehe muß rechtsgültig gewesen sein; sonst besteht ein neuer Aussteueranspruch, der einen größeren Umfang haben kann, unter Anrechnung des früher Empfangenen.

3. Einfluß des Verzichts. Zimmermann 21. Verzicht auf die Aussteuer ist einem jeden gegebenenfalls Verpflichteten gegenüber in der Weise möglich, daß dadurch die Verpflichtungen der anderen Aussteuerverpflichteten nicht berührt werden. Für die Zulässigkeit des Verzichts auf den erst künftig entstehenden Aussteueranspruch Starke 61. AA. Cosack, JDR. **3** zu § 1620 Ziff. 4.

§ 1623. 1. Vererblichkeit und Übertragbarkeit. **a)** Lobe, ZBlFG. **5** 577, wendet sich gegen die von Strohal, Erbrecht (3) I § 1 angenommene Vererblichkeit des Aussteueranspruchs, da mit dem Tode der Tochter der Zweck der Aussteuer, der Einrichtung des Haushalts zu dienen, weggefallen sei. — **b)** *Starke 76 ff. Aussteueranspruch und Aussteuerschuld sind unbeschränkt kraft Gesetzes übertragbar, insbesondere vererblich. Die Übernahme der Aussteuerschuld durch Rechtsgeschäft ist zulässig (s. JDR. **1** zu § 1623 Ziff. 1). — **c)** *Starke 81. Das Zessionsverbot des Satz 1 gilt für den Erben der Aussteuergläubigerin nicht, bei diesem unterliegt der Anspruch auch der Pfändung. — **d)** R. **05** 226 (Köln). Durch die Zulassung der Vererblichkeit des Aussteueranspruchs ist dieser zugleich für den Fall des Überganges auf die Erben seines rein persönlichen Charakters entkleidet. Deshalb findet § 1623 Satz 1 auf die Erben keine Anwendung. Den Erben gegenüber ist der Anspruch verpfändbar und aufrechenbar.

2. Verjährung. *Starke 68. Der kurzen Verjährung unterliegt nicht der durch Rechtsgeschäft begründete Aussteueranspruch.

§ 1624. 1. Ausstattung. **a)** Bedeutung des Abs. 1. Zimmermann 29. Im § 1624 Abs. 1 wird eine Vermutung dahin aufgestellt, daß im Zweifel über das bei der Zuwendung beabsichtigte Rechtsverhältnis nur hinsichtlich des Übermaßes Schenkung, im übrigen Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit anzunehmen ist (s. JDR. **1** zu § 1624 Ziff. 1). — **b)** Formlose Zuwendung. PrOVG., DJZ. **05** 559. Wenn der Vater seinem vermögenden und deshalb nicht unterhaltsberechtigten Sohne auf Grund mündlichen Abkommens die Mittel zum Studium gewährt, so ist er zum Abzug der Jahresleistung nach § 9 I 3 EinkStG. berechtigt; es liegt hier Ausstattung vor, deren Zusage an keine Form gebunden ist. — **c)** Unentgeltlichkeit. Zimmermann 34. Ausstattung muß als unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 32¹ KO. und § 3³ AnfG. angesehen werden. Ebenso Neumann (4) Note 3 zu § 1624; aA. Starke 28.

2. Mitgiftversprechen als lästiger Vertrag. — **a)** Landsberg, PosMSchr. **05** 157 ff. (s. JDR. **2** zu § 1624 Ziff. 1 b, **3** zu § 1624 Ziff. 2 u. 3), teilt insbes. eine Entscheidung des OLG. Posen v. 21. 9. 05 mit, die im Gegensatze zu der früheren Ansicht des OLG. Posen eine Klagänderung darin erblicke, daß die ursprünglich auf ein formloses Mitgiftversprechen zugunsten des Ehemanns gestützte Klage später auf die Behauptung gegründet wird, das Versprechen sei in Gegenwart der mitklagenden Frau, also auch dieser gegenüber abgegeben, und findet eine Bestätigung seiner JDR. **3** zu § 1624 Ziff. **2** Abs. 5 mitgeteilten Ansicht in einem Beschwerdebeschlusse des RG. v. 23. 11. 05, in dem für eine Klage des Schwiegersohns auf Mitgiftversprechen das Armenrecht bewilligt wird. — **b)** Bartolomäus, DJZ. **05** 259. Heiratsversprechen und Mitgiftversprechen steht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Der

Mitgiftleister verpflichtet sich, die Mitgift zu gewähren und die Eheschließung nicht durch Versagung seiner Zustimmung zu hindern. Im Übrigen s. o. § 138 Ziff. 4 (s. IDR. **2** zu § 1624 Ziff. 1; vgl. auch KGI. **30** B 57).

3. Das IDR. **3** zu § 1624 Ziff. 3 mitgeteilte Erkenntnis des OLG. Posen (PosMSchr. **04** 167) findet sich insbes JustdRdsch. **4** 57.

4. PosMSchr. **05** 7 (Königsberg). Ein Mitgiftversprechen, das der Vater im Zusammenhang und in Verbindung mit seiner Einwilligung in das Verlöbnis und damit in die Eheschließung erteilt hat, wird mit dem Widerruf der Zustimmung zur Eheschließung (§ 183) hinfällig. Mit der wirksamen Auflösung des Verlöbnisses, auf Grund dessen das Mitgiftversprechen erteilt ist, kommt auch die Verpflichtung aus dem Mitgiftversprechen in Wegfall; es lebt nicht wieder auf, wenn später trotzdem die Eheschließung erfolgt.

§ 1625. **a**) *Starke 20 ff. Die Auslegungsregel kann nicht auf eine nach § 1620 geschuldete Aussteuer, sondern nur dann Anwendung finden, wenn die ein zur Aussteueranschaffung ausreichendes Vermögen besitzende Tochter eine — sich als Ausstattung (§ 1624) charakterisierende — Aussteuer erhält. Reicht das Vermögen der Tochter zur Aussteueranschaffung nicht aus, so ist der Elternteil zur Gewährung einer Aussteuer aus seinem Vermögen verpflichtet (§ 1620). § 1625 setzt aber die Befugnis des Elternteils zur Verwendung des Kindesvermögens voraus. — **b**) Zimmermann 38. § 1625 gilt auch für die Aussteuer (s. IDR. **1** zu § 1625 aE. und **2** zu § 1625).

II. Elterliche Gewalt.

Vorbemerkung: Nur die elterliche Gewalt der Mutter hat im Berichtsjahre eine Gesamtdarstellung gefunden. Im übrigen sind es Einzelfragen gewesen, welche die Theorie und vorzugsweise die Praxis beschäftigt haben, und diese lagen wieder vorzugsweise im Bereiche der Personensorge und zwar der tatsächlichen Personensorge, wenngleich auch die gesetzliche Vertretung in persönlichen Angelegenheiten durch weitere Erörterung der selbständigen Strafantragsbefugnis des Vaters (s. § 1630) berührt worden ist. Das Erziehungsrecht ist von Bezold in seiner Schrift über das Züchtigungsrecht in der bayerischen Volksschule nach mehreren Richtungen behandelt worden, insbesondere Bedeutung, Abgrenzung und Übertragbarkeit des elterlichen Züchtigungsrechts und in letzterer Hinsicht die Frage, ob das Züchtigungsrecht des Lehrers aus dem Elternrechte sich ableite. Die Ausübung des Züchtigungsrechts durch Dritte ist auch sonst in Wissenschaft und Praxis erörtert worden, nämlich die Frage der Zulässigkeit alsbaldiger Züchtigung gegenüber ungezogener Straßenjugend und ihre Rechtfertigung aus verschiedenen Gesichtspunkten (vermutete Zustimmung des Vaters, event. § 679; öffentliche Interessenwahrung). Neben dem Erziehungsrecht ist auch das Aufsichtsrecht behandelt worden, unter anderem der Maßstab für die an die Aufsichtspflichtigen zu stellenden Anforderungen (s. zu § 1631). Der Herausgabeanspruch nach § 1632 ist nach verschiedenen Seiten Gegenstand der Rechtsprechung gewesen, sein Inhalt und seine Durchführung sowie die Zulässigkeit der Einreden, der Mißbrauchseinrede (§ 1354) und der Berufung auf vertragsmäßige Regelung. Auch der Schutz der Rechte der Mutter nach § 1634 gegenüber mißbräuchlicher Handhabung des väterlichen Entscheidungsrechts, namentlich völliger Ausschließung vom Verkehr mit dem Kinde, hat in Wissenschaft und Rechtsprechung Erörterung gefunden. Die Personensorge der geschiedenen Ehegatten ist nicht so ausgiebig wie in früheren Jahren behandelt worden; als interessante Einzelfrage ist der Einfluß der Entziehung der Personensorge gemäß § 1666 gegenüber dem unschuldigen Ehegatten auf das Sorgerecht des anderen Gatten hervorzuheben, dessen Wiederaufleben in einer Entscheidung des KG. ausführlich begründet wird. Vertragsmäßige Regelung des Erziehungsrechts im Hinblick auf die Scheidung ist in der Praxis mehrfach, namentlich auch von dem RG., für nicht bindend erklärt (§ 1635). Zu § 1636 ist die Zuständigkeit des Prozeß- oder Vormundschaftsgerichts

für Streitigkeiten über den Verkehr des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit den Kindern aus der geschiedenen Ehe, ferner der Inhalt des Rechtes auf Verkehr und seine Durchführung, endlich der maßgebende Gesichtspunkt für die Regelung und der mögliche Inhalt der vormundschaftsgerichtlichen Anordnung erörtert; theoretisch sind die einschlägigen Fragen namentlich mit Bezug auf den Fall im sächsischen Königshause untersucht worden. Hinsichtlich der obervormundschaftlichen Maßnahmen gegen Pflichtverletzungen in der Personensorge (§ 1666) sind sowohl die materiellen Voraussetzungen, als namentlich das Verfahren, sowie das Verhältnis zur Fürsorgeerziehung und Armenpflege behandelt; bemerkenswert sind zwei das Verfahren betreffende Fragen: 1. die Notwendigkeit der Pflegerbestellung während des Verfahrens, die vom RG. im Gegensatze zum KG. mit überzeugender Begründung verneint ist; 2. die Möglichkeit der Aussetzung des Verfahrens als besondere Maßregel (Bewährungsfrist, Ermittelungsbehelf).

Aus dem Gebiete der Vermögensverwaltung enthält das Werk von Beyer, Die Surrogation, und die Abhandlung von Hollback, Pretium succedit 2c., manche die sog. Surrogation in den Fällen der §§ 1638 Abs. 2, 1639, 1646, 1650/51 betreffende Erörterung. Im übrigen sind nur einzelne Ergebnisse der Theorie und Rechtsprechung hervorzuheben:

1. Die Haftung des Vaters für Prozeßkosten in einem Rechtsstreite des Kindes, auch bei Vermögenslosigkeit des letzteren, und der Einfluß dieser Haftung auf die Armenrechtsbewilligung (§ 1654).

2. Wegfall der Verpflichtung aus § 1669, im Falle der Mutter ein Beistand gemäß § 1693 bestellt ist.

3. Beschränkung der Auseinandersetzungspflicht nach § 1669 auf Elternteil einerseits und Kinder anderseits, so daß letztere untereinander in ungeteilter Gemeinschaft bleiben können.

4. Verhinderung des Vaters infolge Abwesenheit als Voraussetzung des § 1685 und Folge irriger Annahme der Verhinderung.

5. Endgültigkeit des Verlustes der elterlichen Gewalt der Mutter mit dem Abschlusse der weiteren Ehe, auch bei Wiederheirat der geschiedenen Frau.

Literatur: Agahd, Zur Durchführung und zum Ausbau der deutschen Kinderschutzgesetzgebung, PrVolksschulA. 4 97 ff. — André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder, Rektoratsrede. Marburg 1905. — Bezold, Das Züchtigungsrecht in der bayerischen Volksschule. München 1906. — Blessing, Zur Frage des Teilungsaufschubes, WürttZ. **05** 193 ff. — Bornhak, Staats- und völkerrechtliche Fragen im Falle Montignoso, DIZ. **05** 283 ff. — Eichhorn, Der „Mißbrauch" im Familienrechte des BGB, R. **05** 331. — Friedländer, Die Vertretungsmacht des Inhabers der elterlichen Gewalt, DIZ. **05** 495 ff. — Havenstein, Züchtigungsrecht der Lehrer, GoltdA. **51** 241 ff. — Hollback, Pretium succedit in locum rei, GrünhutsZ. **32** 557 ff. (auch im Separatabdruck erschienen). — Horion, Weitere Bemerkungen aus der Praxis über die Ausf. d. FürsErzG., PrVerwBl. **26** 220. — Josef, Anordnung einer Pflegschaft bei Erziehungsstreitigkeiten und Anfechtung der Pflegschaft durch Beschwerde, ABürgR. **26** 350 ff. — Ders., Kleinere Streitfragen in der freiw. Gerichtsbarkeit, DNotV. **05** 164 ff. — Ders., Unterschrift der Beteiligten bei Anträgen in der freiw. Gerichtsbarkeit, ZBlFG. **5** 817 ff. — Ders., Stillschweigend bedingte Erklärungen im Grundbuchverkehr, R. **05** 525 ff. — Köhne, Jugendschutz durch den Richter, DIZ. **05** 1087 ff. — Lindemann, Die Widerklage nach der PrStPO., GoltdA. **51** 260 ff. — Lobe, ZBlFG. **5** 580, Über die Befugnis des Königs von Sachsen zur Regelung des Verkehrs seiner Kinder mit der Mutter (Entgegnung auf Stranz, DIZ. **05** 105). — Löwenstein, Privatklagerecht des gesetzlichen Vertreters, IW. **05** 108 ff. — Lutz, Gesetzliche Vertretung eines vaterlosen Minderjährigen in der Nachlaßbehandlung, BadRpr. **05** 233 ff. — Meisner, Kommentar zum 4. Buch des BGB. — Neumann (4) Handausgabe z. BGB. II. — Neumeyer, Die Abgrenzung zwischen Privatfürstenrecht und gemeinem Rechte, DIZ. **05** 494 ff. — Pitel, Aussetzung der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts über Zwangserziehung, ZBlFG. **6** 196. — Riedel, Aufsicht und Erziehungspflicht, DIZ. **05** 693 ff. — Rothe, Elterliche Gewalt der Mutter. Berlin 1905. — Schlenther, Weitere Bemerkungen aus der Praxis über die Ausführung des FürsErzG. PrVerwBl. **26** 220. — Thiesing, Aussetzung der Entscheidung über Zwangserziehung, R. **05** 76. — Tilemann, Bemerkungen aus der Praxis über die FürsErz. in Gegenwart

und Zukunft 26 63 ff. — Weegmann, Zu § 1640 BGB., WürttZ. 05 299 ff. — Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, ABürgR. 26 54 ff.

1. Elterliche Gewalt des Vaters.

§ 1626. *Rothe 6, 57 ff. Da sich die elterliche Gewalt ihrem modernen Charakter nach in erster Linie als ein Kreis von Pflichten darstellt (die dann andererseits auch Rechte sind), so würde passender von einer „elterlichen Sorge" gesprochen.

§ 1629. Meisner Note zu § 1629. Das Vormundschaftsgericht kann auch eine selbständige Meinung aufstellen.

§ 1630. 1. Strafantragsrecht des Vaters. **a)** Löwenstein, JW. **05** 108 gegen KG., KGBl. **04** 98 (JDR. **3** zu § 1630 Ziff. 1 b, auch abgedruckt JustdRundsch. **4** 10). Eine befriedigende Lösung der Streitfrage bietet allein die Rückkehr zu der Anschauung, daß der gesetzliche Vertreter nach seiner Wahl sowohl kraft eigenen Rechtes als auch in Vertretung des Minderjährigen die Privatklage erheben kann. Hält man aber eine Klage aus eigenem Rechte des gesetzlichen Vertreters nicht mehr für zulässig, so kann nur im Zweifelsfalle die Klage trotz entgegenstehenden Wortsinnes so gedeutet werden, wie sie rechtlichen Bestand haben kann. Schließt aber die ausdrückliche Erklärung jeden Zweifel an dem Willen des Vertreters, ein eigenes Recht auszuüben, aus, so erscheint eine Auslegung dahin, daß die Klage in Vertretung des Minderjährigen erhoben sei, nicht gerechtfertigt und für den Minderjährigen verhängnisvoll wegen der Folgen: Kostenlast im Falle des Freispruchs, der beim Wegfall des Zeugnisses des Minderjährigen öfter unausbleiblich ist, ferner Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage wegen im Klagewege nicht mehr verfolgbarer Beleidigungen. — **b)** Lindemann, GoltdA. **51** 260 ff. Das selbständige Antrags- und Privatklagerecht des Vaters hinsichtlich des gewaltunterworfenen Kindes ist durch Art. 34 EGBGB. beseitigt (261[1]). Strafantragsberechtigt ist der gesetzliche Vertreter a) des noch nicht 18jährigen Verletzten in doppelter Eigenschaft, entweder kraft eigenen Rechtes oder im Namen des Minderjährigen, b) eines anderen geschäftsunfähigen Verletzten nur in dessen Namen, c) des über 18 Jahre alten Minderjährigen unabhängig von der selbständigen Befugnis des Verletzten. Im Falle a und c hat der gesetzliche Vertreter entsprechend der Antragsbefugnis die Wahl zwischen Privatklage im Namen des Verletzten und im eigenen Namen; letzterenfalls ist, wenn auch sein Privatklagerecht materiell abhängig ist von seiner Vertretungsmacht, er doch allein der Kläger und es kann deshalb keine Widerklage erhoben werden, da der Vertreter nicht der Verletzte, bei der durch die Privatklage verfolgten Handlung das Kind nicht Partei ist. Im Falle b erhebt der Vertreter die Privatklage im Namen des Verletzten, ebenso, wenn dieser eine sonstige in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person (abgesehen von a u. c) und selbst strafantragsberechtigt ist; Widerklage wegen Handlungen des Vertretenen ist im letzteren Falle möglich. Die Widerklage minderjähriger oder anderer beschränkt geschäftsfähiger Angeklagter wird von dem gesetzlichen Vertreter im Namen der Vertretenen erhoben, so daß Personenidentität im Sinne des § 428 StPO. gewahrt ist. — **c)** FrankfRundsch. **39** 34 (Frankfurt). Der Vater als gesetzlicher Vertreter eines minderjährigen Verletzten hat selbständiges Strafantragsrecht. Nach § 65 Abs. 1 StGB. hat der 18jährige Minderjährige selbständiges Antragsrecht, daneben hat der gesetzliche Vertreter das Recht, Strafantrag zu stellen; letzteres Recht ist unabhängig von der Befugnis des Minderjährigen und deshalb ein Recht, das der gesetzliche Vertreter in eigenem Namen ausüben kann; diesem Rechte entspricht aber für den Fall, daß der Minderjährige noch nicht 18 Jahre alt ist, das im Abs. 2 dem gesetzlichen Vertreter ausschließlich eingeräumte Antragsrecht. Durch die Änderung des § 195 StGB.

sollte nur das von der Vertretungsmacht unabhängige Antragsrecht des Vaters beseitigt werden. Der Vater kann daher (als gesetzlicher Vertreter) auch selbständig Privatklage erheben, ohne förmlich als Vertreter des Minderjährigen aufzutreten; der letztere kann deshalb auch Zeuge sein.

2. OLG. **11** 298 (Jena). Wie er das Kindesvermögen in Besitz zu nehmen und die Herausgabe von Dritten im eigenen Namen zu verlangen befugt ist, kann der Gewalthaber auch eine dazu gehörige Forderung zu diesem kraft eigenen Rechtes einziehen; er verletzt kein Kindesinteresse, wenn er nur zum Ausdrucke bringt, daß er als Gewalthaber die Einziehung der Forderung zum Kindesvermögen vornimmt. Der Gewalthaber ist nicht verpflichtet, die für das Kind bestimmten Rechtsgeschäfte lediglich in dessen Namen vorzunehmen.

§ 1631. I. Erziehungsrecht. 1. Züchtigungsrecht. **a)** Begriff. Bezold. Die Züchtigungsbefugnis ist keine selbstverständliche Folge des Erziehungsrechts, kein begrifflich damit verbundenes Recht, auch nicht unentbehrliches Hilfsmittel der Erziehungstätigkeit (5 Note 6). Die Züchtigung muß Erziehungshandlung sein (31), der Umfang wird durch den Zweck bestimmt; die Erziehungshandlung muß zur Erreichung ihres Zweckes auf das Gemüt des Zöglings Eindruck machen, um so stärker, je gefährlicher und fester eingewurzelt der Fehler, je hartnäckiger die Sinnesart ist (39, s. auch 68). — **b)** Züchtigungsrecht der Eltern und Übertragung auf die Lehrer. α. Bezold 23. Es ist nicht ausgeschlossen, daß die nach privatrechtlichen Normen erziehungs- und züchtigungsberechtigten Personen die Erziehungs- und Aufsichtsgewalt und mit dieser die Handhabung des Züchtigungsrechts mit oder ohne Einschränkung einem anderen übertragen (**RG.** [Straff.] **33** 32), allein der Lehrer kann nicht sein Züchtigungsrecht gegenüber den Schülern einem anderen Lehrer oder sonstigen Dritten durch freie Vereinbarung überlassen, da es nicht subjektives Recht des Lehrers im Sinne des Zivilrechts, sondern Amtsbefugnis und deshalb nur insoweit der Ausübung nach übertragbar ist, als die staatlichen Vorschriften dies gestatten (s. auch 66 Note 63). Das Erziehungs- und Züchtigungsrecht des Lehrers ist kein aus der elterlichen Gewalt abgeleitetes Recht: Unterricht und Erziehung ist für den Staat Selbstzweck, nicht eine für die Eltern und an deren Stelle besorgte Angelegenheit. Der Lehrer übt ein ihm vom Staate verliehenes Recht aus (96). Der Lehrer ist in der Beaufsichtigung und Leitung der Schüler nicht an die Schulstunden und den Schulraum gebunden; aber außerhalb der Schule ist in erster Linie das Erziehungsrecht der Eltern maßgebend (29). — β. Havenstein, GoltdA. **51** 241 ff., erörtert „das Züchtigungsrecht der Lehrer" und gelangt zu den gleichen hierher gehörigen Ergebnissen wie in dem JDR. **3** zu § 1631 I 1 a α u. β mitgeteilten Aufsatz. — **c)** Die JDR. **3** § 1631 Ziff. I 1 b mitgeteilte Entscheidung des OLG. Braunschweig findet sich auch FischersZ. **28** 366. — Die JDR. **3** zu § 1631 Ziff. I 4 mitgeteilte Entscheidung des OLG. Kiel findet sich auch OLG. **10** 2. — **d)** Ausübung durch Dritte. DJZ. **05** 752, BraunschwZ. **51** 161, PrVolksschulA. **4** 41 (Braunschw.). Die Erfüllung der Erziehungs- und Züchtigungspflicht des Vaters liegt im öffentlichen Interesse (wie auch aus § 1631 Abs. 2 Satz 2 erhellt), die Allgemeinheit hat ein Recht auf Erfüllung; deshalb darf bei Vernachlässigung oder Abwesenheit des Vaters jeder von einer Ungezogenheit Betroffene oder ein Angehöriger desselben zur Züchtigung schreiten, wobei die Zustimmung des Vaters zu vermuten oder ein entgegenstehender Wille, analog § 679, nicht zu beachten ist (abgeleitetes Züchtigungsrecht). — Ebenso Havenstein, GoltdA. **51** 255 im Anschluß an Binding, Strafrecht 800. Das Züchtigungsrecht der Erwachsenen unflätiger Straßenjugend gegenüber wird nicht durch die vermutete Zustimmung der Eltern, sondern durch das Interesse eines jeden, daß unser Gemeinwesen durch solche Unflätigkeiten nicht geschädigt werde,

gerechtfertigt und steht deshalb nicht nur dem Betroffenen zu; es ist eine Erziehungshandlung, die sich aus der menschlichen Gemeinschaft, ihren Rechten und Pflichten unmittelbar ergibt. Der Züchtigende braucht nicht zu besorgen, daß seine wohlwollende Absicht vor dem Strafrichter nicht besteht, denn er hat keinen Eingriff in fremde Rechtssphäre beabsichtigt und keinen wirklichen begangen — seine Erziehungsabsicht schützt ihn vor Strafverfolgung. S. auch Bonin, GoltdA. **51** 384 (Notwehr gegen Kinder).

2. Vater als Lehrherr. FrankfRundsch. **39** 74 (Frankf.). Schriftlichkeit des Lehrvertrags (§ 126 b GewO.) ist keine Bedingung seiner Rechtsgültigkeit; in Ermangelung der Schriftlichkeit muß nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden, ob ein Lehrverhältnis vorliegt; in diesem Falle bleibt der Lehrherr für die Einhaltung der übernommenen Pflichten verantwortlich (§ 148 9 GewO.), sofern nur tatsächlich ein Lehrverhältnis vorliegt. Der Sohn, der als Lehrling im Betriebe des Vaters beschäftigt und nur zum Schein zwecks Umgehung des Gesetzes zum Mitinhaber des Geschäfts gemacht ist, ist Lehrling bei seinem Vater und deshalb gegebenenfalls (§ 120 GewO.) zum Besuche der Fortbildungsschule verpflichtet (s. IDR. **3** zu § 1631 I 2).

3. Religiöse Erziehung. Die IDR. **3** zu § 1631 Ziff. I 4 mitgeteilte Entscheidung des OLG. Kiel findet sich auch OLG. **10** 2.

4. Vertragsmäßige Regelung der Erziehungsbefugnis. RG. IW. **05** 321, GruchotsBeitr. **49** Beil. 1177, HansGZ. **05** Beibl. 307, s. o. § 138 Ziff. 9 I B t.

5. Unterhaltsbeschränkung als Erziehungsmaßnahme. Neumann (4) zu § 1631 Ziff. 3b. Auf Grund des Erziehungsrechts kann auch eine Beschränkung des standesgemäßen, auf das Maß des notdürftigen Unterhalts gerechtfertigt sein.

6. Dauer der Erziehungsbedürftigkeit. Das IDR. **3** zu § 1631 I 7 mitgeteilte Erkenntnis des OVG. findet sich auch PrVerwBl. **26** 47. Über die dort behandelte Frage s. a. Walther, PrVerwBl. **26** 594. Der Begriff der Erziehungsbedürftigkeit deckt sich nicht mit dem landläufigen Begriffe der Erziehung durch Schule und Haus, die normalerweise mit dem Verlassen beider, also regelmäßig zwischen dem 15. und 20. Lebensjahre (je nach dem „Stande" der Erzogenen) ihr Ende erreicht. Erziehung ist nicht nur die planmäßige Einwirkung Erwachsener auf Unmündige mit dem Ziele der Erreichung eines gewissen Durchschnittsmaßes geistiger Reife, sondern die gesamte Tätigkeit, die das Kind zur standesgemäßen äußeren Lebensstellung und Bildungsstufe emporheben soll (Mot. IV 696). Der Vater, dessen Wille oder Einverständnis den Sohn einmal auf einen bestimmten Lebensberuf hingewiesen hat, bleibt zur Bestreitung der Vorbereitungskosten jedenfalls so lange verpflichtet, als nicht eine Veränderung der Verhältnisse, in erster Linie des Vermögens oder Einkommens, ihn entbindet. Zu den Unterhaltskosten rechnen daher Zuschüsse an Studenten wie an Referendare usw. Vertragsmäßige Zuwendungen an Abkömmlinge, soweit sie sich innerhalb der angegebenen Grenzen der Unterhaltspflicht bewegen, sind bei der Einkommensteuer nicht abzugsfähig, wohl aber, soweit sie diese Grenze überschreiten und entweder innerhalb des Rahmens des § 1624 bleiben oder auf Grund formgerecht beurkundeter Schenkung geleistet werden.

II. Aufsichtsrecht. 1. Riedel, DIZ. **05** 693 ff., erörtert die Begriffe „Erziehung" und „Aufsicht", die tatsächlich verschieden sind, aber vielfach ineinandergreifen. Zu persönlicher Erziehung gehört immer Aufsicht, letztere kann ohne gleichzeitige Erziehung geführt werden. Zweck der Beaufsichtigungspflicht ist Verhütung des Schadens Dritter. Diese kann auch durch Erziehung, Schaffung eines mit dem Rechte im Einklange stehenden Willens, erreicht werden. Durch Erziehung können so zukünftige schädigende Handlungen vermieden werden,

während die Aufsicht immer nur in gegenwärtige Willens- und Tätigkeitsakte eingreift. Zu solchem Eingreifen besteht die Pflicht, falls die Möglichkeit der Ausübung vorliegt, Eltern und Kind nicht z. B. notwendig getrennt leben. Nur Vernachlässigung der Aufsicht, nicht die der Erziehungspflicht macht schadensersatzverbindlich.

2. **RG.** IW. **05** 21. Der Maßstab für die an die Eltern und sonstigen Aufsichtspflichtigen zu stellenden Anforderungen ist zu finden in dem, was nach dem Alter und der Individualität der Kinder von verständigen Eltern in Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Lage und ihrer Kräfte an Erziehung und Aufsicht erwartet werden kann (s. IDR. **3** zu § 1631 II).

III. Aufenthaltsbestimmung. 1. SächsOLG. **26** 473. Wenn der Vater bei Wahl eines neuen Wohnsitzes sein Kind am bisherigen Wohnorte beläßt, so ist darin nur eine Aufenthaltsbestimmung i. S. v. § 1631 Abs. 1 zu erblicken; im Übrigen s. o. § 11 Ziff. 1 b.

2. Agahd, PrVolksschulA. **4** 97 ff., 108 schlägt eine Einschränkung des väterlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts dahin vor, daß der Vater nicht befugt sein soll, das Kind zu Erwerbszwecken in eine Familie zu geben, die außerhalb des Gemeindebezirks wohnt.

3. Abs. 2 Satz 2. Wegen Bestimmung einer Bewährungsfrist als Zuchtmittel s. Pitel u. zu § 1666 Ziff. III 2 b.

§ 1632. 1. Umfang. OLG. **11** 292 (Karlsruhe). Die Herausgabepflicht enthält keine Pflicht der Zuführung der Kinder oder der Ausübung eines Zwanges durch Verweigerung von Kost und Wohnung. Der andere Elternteil muß vielmehr die Kinder in Empfang nehmen, der Herausgabepflichtige muß ihn jedoch von Zeit und Ort der zu vollziehenden Herausgabe in Kenntnis setzen und weiter eine Lage schaffen, die die Wegnahme der Kinder tatsächlich und ohne besondere Erschwerungen ermöglicht; solange dies nicht geschieht, liegt ein Vorenthalten vor.

2. Einwendungen. **a)** Mißbrauch. α. HansGZ **05** Beibl. 143 (Hamburg). Gegenüber dem Herausgabeanspruch des Vaters kann sich die Mutter nicht nur auf eine Anordnung aus § 1666 oder eine einstweilige Verfügung nach § 627 Abs. 1 ZPO. berufen, sondern auch einwenden, daß sie der an sich vorgehenden Entscheidung des Mannes nicht Folge zu leisten brauche, da diese sich als Mißbrauch seines Rechtes darstelle. Da die Erziehung und Pflege des Kindes, insbesondere Bestimmung des Aufenthalts, zu den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten gehört, so ist neben § 1634 auch § 1354 anwendbar. Ob ein Mißbrauch vorliegt, ist Tatfrage; es erscheint als Mißbrauch, wenn der Vater das zarte und kränkliche Kind von 3 Jahren der bewährten Pflege der Mutter entziehen will, während im Falle des für ihn ungünstigen Ausganges des Scheidungsprozesses dann eine abermalige Veränderung des Aufenthalts des Kindes erforderlich werden würde. — β. ZBlFG. **5** 559, R. **05** 18 (Jena). Wird der Herausgabeanspruch mit dem Einwande bestritten, das Vorenthalten sei nicht widerrechtlich, weil in dem Verlangen der Herausgabe ein Mißbrauch des Fürsorgerechts liege, so kann der an die Parteibehauptungen gebundene Prozeßrichter einen solchen Mißbrauch nicht feststellen, hierfür ist vielmehr allein der Vormundschaftsrichter im Offizialverfahren zuständig. — **b)** Zu erwartende Regelung durch das Vormundschaftsgericht. **RG.** DIZ. **05** 313. Gegenüber der Klage auf Herausgabe des Kindes gegen den allein für schuldig erklärten, geschiedenen Ehegatten kann dieser nicht einwenden, er habe bei dem Vormundschaftsgericht beantragt, ihm die Sorge für das Kind zu übertragen, und kann hiermit auch nicht Aussetzung des Prozesses erwirken; da in dem Prozeß das Interesse des Kindes nicht zu berücksichtigen ist, eine vormund-

schaftsgerichtliche Entscheidnng nur für die Zukunft wirkt. — c) Vertragsmäßige Überlassung. OLG. **10** 286 (Hamburg). Ein Einwand gegen den Herausgabeanspruch kann nicht auf vertragsmäßige Überlassung des Kindes gegründet werden, soweit nicht für gewisse Fälle Sonderbestimmungen bestehen; ein solcher Vertrag enthält einen völligen oder teilweisen Verzicht auf die elterliche Gewalt, die durch zwingendes Recht geregelt ist und bei der den Rechten die Pflichten entsprechen. Im Falle des § 1635 Satz 2 ist nur dem Vormundschaftsgerichte die Befugnis abweichender Anordnung gegeben, nicht dem Prozeßgericht. Auch geschiedene Ehegatten können danach eine von § 1635 Satz 1 abweichende Regelung nicht vereinbaren; die Ausübung der Sorge kann dem anderen Gatten nur tatsächlich überlassen werden, dieser bleibt aber jederzeit dem Herausgabeanspruch ausgesetzt (s. JDR. **2** zu § 1632 Ziff. 4 d).

3. Zuständigkeit des Prozeßgerichts im Verhältnisse zum Vormundschaftsgerichte. KGJ. **29** A 29, ZBlFG. **5** 653, R. **05** 118. Der Anspruch des einen Ehegatten gegen den anderen auf Herausgabe des Kindes gehört nicht zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts, ist vielmehr im Prozeßwege zu verfolgen, da nicht Wahrnehmung der Kindesinteressen in Frage steht (s. JDR. **1** zu § 1632 Ziff. 1).

4. Zwangsvollstreckung. — **a**) Die JDR. **3** zu § 1632 Ziff. 3 b mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch HansGZ. **05** Beibl. 179, SeuffA. **60** 213, GruchotsBeitr. **49** Beil. 1069, JustizdRundsch. **4** 25. — **b**) LG. Darmstadt, HessRspr. **5** 143, JustizdRundsch **4** 73. Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes ist nur unter analoger Anwendung des § 883, nicht nach §§ 887, 888 ZPO. vollstreckbar; im Offenbarungseidsverfahren wird der Schuldner zur Angabe des Aufenthalts des Kindes gezwungen, die Vollstreckung kann dann im Wege der Überweisung des Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe erfolgen.

5. Bornhak, DJZ. **05** 286, erörtert die Frage der Verwirklichung des Anspruchs des Königs von Sachsen auf Herausgabe der jüngst geborenen Prinzessin: Zuständigkeit des italienischen Gerichts, Anwendung deutschen Rechtes.

§ 1633. GoltdA. **51** 379 (Cöln). Der § 1633 ermächtigt den Vater, für seine verheiratete noch minderjährige Tochter Strafantrag wegen Beleidigung zu stellen. — Neumann (4) zu § 1633 Ziff. 1 e. Nach Auflösung der Ehe fällt die durch die Verheiratung eingetretene Beschränkung der elterlichen Gewalt nicht wieder fort. AA. Planck Note 3 zu § 1633.

§ 1634. 1. ZBlFG. **6** 274, OLG. **11** 294, KGJ. **30** A 36, R. **05** 510, RheinARV. **23** 155 (KG.). Das Recht der Mutter nach § 1634, das auch die Mitwirkung bei Erziehung und Beaufsichtigung umfaßt, schließt die Befugnis des persönlichen und schriftlichen Verkehrs mit dem Kinde, insbesondere Zutritt zu einem erkrankten Kinde, in sich. Das Entscheidungsrecht des Vaters nach § 1634 Satz 2 gibt nicht die Befugnis, nach Belieben durch seine Anordnung die Mutter gänzlich vom Verkehre mit den Kindern auszuschließen; vielmehr ist hier der Grundsatz des § 1354 anwendbar, eine solche Anordnung als Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes unverbindlich. Aus besonderen Gründen darf er die Mutter allerdings auch von dem Verkehre mit den Kindern ausschließen, namentlich, wenn grobe Verfehlungen der Mutter von dem Verkehr eine Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles der Kinder befürchten lassen; hier wäre kein Rechtsmißbrauch anzunehmen. Diese Rechte der Mutter und Frau sind bei nur tatsächlich Getrenntlebenden aber als reine Privatrechte im Prozeß (auch einstweilige Verfügung) zu verfolgen, nicht, wie im Falle der Scheidung, der Regelung durch das Vormundschaftsgericht unterstellt; nur wenn durch die unzulässige Abschließung der Mutter von den Kindern deren geistiges oder leibliches Wohl

gefährdet wird, ist Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 gerechtfertigt.

2. **Wetzel**, ABürgR. **26** 78, 127. Das Verhältnis der getrennten Gatten zu den gemeinsamen Kindern wird nicht durch die eheliche Lebensgemeinschaft, sondern ausschließlich durch §§ 1627 ff. geordnet, und daher durch Verweigerung der Gemeinschaft grundsätzlich nicht berührt. Es steht zwar der Mutter auch das Recht der Personensorge zu, es geht aber die Meinung des Vaters vor, mag sie auch einen Mißbrauch enthalten. Die Sorge für die Person der Kinder ist zwar eine gemeinschaftliche Angelegenheit der Eltern, betrifft aber nicht das gemeinschaftliche eheliche Leben. Deshalb läßt § 1634 eine Mißbrauchseinrede der Frau nicht zu, da sich nicht die Eltern gegenüberstehen, sondern der Vater dem Kinde, dem er allein für die Handhabung der elterlichen Gewalt verantwortlich ist (nicht der Frau). Den Fall des Rechtsmißbrauchs regelt § 1666 ausschließlich. AA. **RG.** JDR. **2** zu § 1634.

3. R. **05** 18 (Celle). Meinungsverschiedenheit im Sinne des § 1634 Satz 2 liegt auch vor, wenn der Vater der getrennt lebenden Mutter aus Gründen, die in dem gestörten Verhältnisse beider untereinander, nicht in der Rücksicht auf das Kind liegen, jede Mitausübung der Sorge entziehen will; es findet jedoch § 1354 Abs. 2 Anwendung, so daß der Wille des Mannes nicht entscheidend ist, wenn die Entscheidung einen Mißbrauch seines Rechtes darstellt (s. JDR. **3** zu § 1634 Ziff. 5).

4. **RG.** (Straff.) JW. **05** 243, SeuffBl. **05** 504. Das Recht des Pflegers, für die Person des Kindes zu sorgen, ist gleich dem Rechte des Vaters der Mutter gegenüber ein überwiegendes (Wortlaut des § 1634): ihm steht die Entscheidung zu und er gibt bei Meinungsverschiedenheiten den Ausschlag. Nimmt die Mutter das Kind eigenmächtig, ohne Wissen und Genehmigung des Pflegers aus dem Dienst und gibt es in einen Dienst an einem anderen Orte, so stellt dieser Eingriff in die Rechte des Pflegers eine Entziehung im Sinne des § 235 StGB. dar.

§ 1635. 1. Regelung durch das Gesetz. — **a)** KGJ. **29** A 199, OLG. **11** 292 (KG.). Der gesetzliche Anspruch des geschiedenen Elternteils nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 gegen den schuldigen Gatten auf Herausgabe der Kinder ist nicht beim Vormundschaftsgerichte, sondern beim Prozeßgerichte geltend zu machen, dem auch die Entscheidung über die Gültigkeit eines Vergleichs zwischen den Eltern zusteht. Deshalb kann auch das Vormundschaftsgericht nicht die Herausgabe der Kinder unter Androhung von Maßregeln nach Art. 17 PrFGG. aufgeben, da hier eine durch Verfügung des Gerichts auferlegte Verpflichtung vorausgesetzt wird, nicht unmittelbar die Herbeiführung eines gesetzmäßigen Zustandes in Frage steht; es bedarf vielmehr eines Urteils oder einer einstweiligen Verfügung des Prozeßgerichts (§§ 888, 891 ff. ZPO.). § 1635 Abs. 1 Satz 2 hat lediglich eine Abweichung von dem durch Satz 1 geregelten gesetzlichen Zustande, nicht aber die anderweite Regelung eines vertraglich festgesetzten Rechtsverhältnisses im Auge (s. JDR **2** zu § 1635 I 1). — **b)** ZBlFG. **6** 277 ff., OLG. **11** 299, KGJ. **30** A 40, R. **05** 511, RheinANV. **23** 159 (KG.). Wenn dem geschiedenen Ehegatten das ihm zustehende Recht der Personensorge nach § 1666 BGB. entzogen wird, ohne daß eine Regelung nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 stattfindet, so erlangt der andere Ehegatte das Sorgerecht in dem Umfange, in dem jener es einbüßt; das dem einen Ehegatten im § 1635 gegebene Sorgerecht soll nicht die natürlichen Elternrechte des anderen Gatten ein für allemal beseitigen, wird vielmehr als eine zeitweilige Beschränkung dieser Elternrechte aufgefaßt, deren Wegfall wie durch Tod, so durch Entziehung für ihn die Wiederherstellung seiner Elternrechte in normalem Umfange zur Folge hat. — **c)** ZBlFG. **6** 436,

R. **05** 658 (KG.). § 1635 und der auf ihn verweisende § 1636 sind nur anwendbar, wenn es sich um Personensorge oder persönlichen Verkehr mit Kindern aus Ehen handelt, die aus einem der Gründe der §§ 1565—1568 durch ein zugleich über die Schuldfrage entscheidendes Scheidungsurteil aufgelöst sind; gemäß § 1568 hat die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft die gleiche Wirkung, §§ 1635 und 1636 finden daher im Falle einer solchen gleichfalls Anwendung. Etwas wesentlich anderes ist aber die einverständliche Scheidung von Tisch und Bett nach § 103 österr. BGB., die zugleich eine Vereinbarung über die Versorgung einschließlich der Erziehung der Kinder voraussetzt. Hier können, wenn deutsches Recht anwendbar ist, nicht §§ 1635, 1636 angewandt werden; Zuwiderhandlungen gegen die Vereinbarung betreffs der Erziehung sind vielmehr im Prozeßwege zu verfolgen, falls nicht die Voraussetzungen des § 1666 Einschreiten des Vormundschaftsgerichts rechtfertigen.

2. Regelung durch Vertrag. **a)** Die JDR. **3** zu § 1635 Ziff. 2a mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch SeuffA. **60** 148, OLG. **10** 285, SeuffBl. **05** 29. — **b)** **RG. 60** 266, JW. **05** 292. Nach den Mot. IV 627 sind Verträge der Eltern über die Kindererziehung, die im Hinblick auf die Scheidung geschlossen werden, unwirksam. Diese Annahme entspricht dem Gesetze, weil die Personensorge nach § 1631 Abs. 1 nicht nur Recht, sondern auch Pflicht ist, auf die nicht verzichtet werden kann; ist aber ein Verzicht ausgeschlossen, so ist auch ein Vertrag über die mit diesen Rechten untrennbar verbundenen Pflichten ohne rechtliche Wirkung, der Gatte, dem gesetzlich (§ 1635 Abs. 1) die Sorge zusteht, kann sich dieser Sorgepflicht nicht durch Vertrag entledigen (s. Meisner zu § 1626 aE.). — **c)** André. Ein Vertrag zwischen Eltern über die Erziehung ihrer Kinder ist ungültig, wenn er einen dinglichen Verzicht auf die elterliche Gewalt enthält; er ist gültig, sofern er nur die Ausübung des Erziehungsrechts überträgt. Der Verzichtende kann aber den Verzicht grundsätzlich jederzeit widerrufen. Erfolgt ein Widerruf nur zu dem Zwecke, den anderen Teil oder das Kind zu schädigen, so ist die Erklärung des Widerrufs nicht zu beachten. Bei Verträgen auf kurze Zeit ist ein Widerruf nur dann zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Liegt in dem Widerruf ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt, so hat das Vormundschaftsgericht einzuschreiten und die für den Schutz des Kindes erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere die Anordnung treffen, daß der Zustand aufrechterhalten wird, wie er durch den Vertrag geschaffen ist. — **d)** R.**05** 165 (KG.). Keine abweichende Regelung der Sorge für die Person des Kindes aus geschiedener Ehe, da dem Erziehungsrechte des unschuldigen Gatten dessen Erziehungspflicht entspricht. Bei vertragsmäßiger Regelung ist für die Wahrnehmung der Interessen der Kinder nicht Sorge getragen; deshalb abweichende Regelung nur durch das Vormundschaftsgericht. — **e)** HansGZ. **04** Beibl. 299 (Hamburg). Geschiedene Ehegatten können eine von den Bestimmungen des § 1635 Abs. 1 abweichende Regelung in verbindlicher Weise nicht vereinbaren, der nichtschuldige Ehegatte kann die ihm obliegende Personensorge dem anderen Ehegatten nur tatsächlich überlassen, so daß er jederzeit die Herausgabe des Kindes verlangen kann. — **f)** Neumann (4) Note 6 zu § 1635 verneint die Wirksamkeit einer das Erziehungsrecht betreffenden Übereinkunft der Eltern gegenüber dem Kinde im Gegensatze zur Wirkung im Verhältnisse der Eltern zueinander (s. JDR. **1** zu § 1635 I 4).

3. Regelung durch das Vormundschaftsgericht. **a)** Pflegerbestellung. Gegen Boschan (JDR. **1** zu § 1635 II 1a) bemerkt Josef, ABürgR. **26** 355[6], daß nicht die Entziehung der Vertretung im Erziehungsstreit in Frage käme, da das Kind nicht Beteiligter sei und folglich auch vom

Vater nicht vertreten werde, sondern gegebenenfalls nur die Entziehung der Vertretung betreffs der Ermittelung von Tatsachen, die für die Regelung der Kindeserziehung ausschlaggebend sind. — **b)** OLG. **10** 287 (KG.). „Besondere Gründe" im Sinne des § 1635 Abs. 1 Satz 2 können nicht solche sein, die regelmäßig vorzuliegen pflegen; die Gründe allgemeiner Natur sind bei Erlaß der Norm des Satz 1 generell berücksichtigt und deshalb von weiterer Berücksichtigung im Einzelfall ausgeschlossen. Abweichung soll nur in den eigenartigen Fällen eintreten, in denen die Kindesinteressen bei dem zunächst berechtigten Elternteil ausnahmsweise zufolge abnormer Umstände den nötigen Schutz nicht finden. — **c)** Vor der Scheidung. **RG.** JW. **05** 437. Bei der Entscheidung über den Antrag eines Ehegatten, ihm die Personensorge für die Kinder während des Scheidungsprozesses zu überlassen (§ 627 ZPO.), ist zu berücksichtigen, ob eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß die Ehe geschieden und der Antragsgegner für den allein schuldigen Teil erklärt werden wird, und deshalb zu erwägen, ob nicht die Kinder bei dem Antragsteller zu belassen sind, weil diesem die Personensorge gemäß § 1635 zustehen würde und ein Wechsel des Aufenthaltes im Interesse der Kinder zu vermeiden wäre. — **d)** Während des Getrenntlebens. α. Josef, ABürgR. **26** 351[1]. Während bestehender Ehe ist das Recht des Vormundschaftsgerichts zum Einschreiten von den Voraussetzungen des § 1666 abhängig; es genügt nicht, daß die getrennt lebenden Eltern sich nicht über die Erziehung einigen können und die Mutter die Erziehung des Vaters als den Interessen des Kindes widersprechend bezeichnet. — β. Wetzel, ABürgR. **26** 129. Eine analoge Anwendung des § 1635 bei berechtigter Gemeinschaftsverweigerung oder zugunsten des grundlos verlassenen Ehegatten, insbesondere Unterbringung des noch nicht 7 Jahre alten Kindes bei der Mutter im Kindesinteresse, entspricht nicht dem Gesetze.

§ 1636. I. Die gesetzliche Regel. 1. Zuständigkeit des Prozeßgerichts. **a)** OLG. **11** 296 (Hamburg). Ein Streit darüber, ob der eine der geschiedenen Gatten dem anderen den Verkehr nach § 1636 Satz 1 mit den Kindern zu gestatten hat, ist eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit; die Regelung durch das Vormundschaftsgericht tritt nur ein, wenn an sich der eine Teil bereit ist, den Verkehr zu gestatten, diese Verpflichtung also feststeht, wenn aber die Parteien über die Art und Weise des Verkehrs sich nicht einigen können oder die vereinbarte Art nach Ansicht des Vormundschaftsgerichts eine Gefahr für die Kinder bietet. Um dem einen Teile den Verkehr mit den Kindern zu ermöglichen, braucht der andere Teil nicht irgendwelche Aufwendungen aus seinem Vermögen zu machen. — **b)** OLG. **10** 290, HansGZ. **05** Beibl. 53 (Hamburg). Durch einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts im Scheidungsprozesse auf Grund des § 627 ZPO. können nur Anordnungen im Interesse des Unterhalts und der Sorge für die Person des Kindes getroffen, aber nicht der persönliche Verkehr des Elternteils mit dem Kinde geregelt werden (s. JDR. **1** zu § 1636 III 2 und **2** zu § 1636 Ziff. 3).

2. Inhalt des Rechtes auf Verkehr. **a)** OLG. **11** 297 (Darmstadt). Es kann zwar der Verkehr nicht gänzlich ausgeschlossen werden, es besteht aber auch kein Anspruch auf Verstattung eines regelmäßigen Verkehrs, die näheren Anordnungen über Zeit, Ort und Bedingungen des Verkehrs hat vielmehr das Vormundschaftsgericht unter Beobachtung der Verhältnisse des Einzelfalls und besonders in Abwägung der Kindesinteressen zu treffen. — **b)** Wetzel, ABürgR. **26** 128. Das auch der wegen Verschuldens geschiedenen Ehefrau zustehende Zutrittsrecht darf auch der getrennt lebenden unter keinen Umständen verkümmert werden. Maßregeln des Mannes, die nicht im Kindesinteresse, sondern nur der Frau zum Ärger erfolgen, verstoßen gegen § 226 BGB. Die Frau kann ihre

Rechte auf Verkehr und Fürsorge für das Kind im Klagewege geltend machen. Eine grundlos die Gemeinschaft weigernde Frau kann nicht verlangen, daß das Kind ihr zugeführt wird.

3. Durchführung im Zwangswege. HansGZ. **05** Beibl. 286 (Hamburg). Das HambFGG. v. 29. 12. 99 hat auch Vorschriften darüber getroffen, wie die Verfügungen auf Herausgabe einer Person durchzuführen sind, z. B. eine Verfügung auf Grund des § 1636. Aus §§ 3 u. 4 G. ergibt sich im Zusammenhange, daß in Fällen, in denen die verfügte Herausgabe einer Person nach Sachlage ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt, die Befolgung der Anordnung durch Ordnungsstrafen erzwungen werden kann, daß aber auch unmittelbarer Zwang (Vollstreckung der Verfügung durch Gerichtsvollzieher) angeordnet werden kann. Auch die Zuführung eines Kindes zu dem Gegner kann lediglich von dem Willen des Verpflichteten abhängen (s. dagegen JDR. **3** zu § 1632 Ziff. 3b).

II. Vertragsmäßige Regelung. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 372 f., SeuffBl. **05** 474 ff., R. **05** 344. Verträge, welche für den Fall der Scheidung den Verkehr des nicht sorgeberechtigten Gatten mit den Kindern regeln, behalten, wenn sie nach früherem Rechte rechtsgültig geschlossen sind (z. B. nach ALR.), ihre Wirksamkeit auch nach Inkrafttreten des BGB. (Art. 206); der Vertrag ist aber nur für die Rechte der Parteien untereinander maßgebend (s. JDR. **2** zu § 1636 Ziff. 1).

III. Regelung durch das Vormundschaftsgericht. 1. Pflegschaftsanordnung. ZBlFG. **5** 846, KGJ. **29** A 251, R. **05** 399 (Jena). Die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen dem geschiedenen, schuldigen Ehegatten und den Kindern ist auch eine Angelegenheit der Kinder (nicht nur der früheren Ehegatten), wobei widerstreitende Interessen auch des unschuldigen Gatten und seiner Kinder in Betracht kommen können. Deshalb Pflegschaftsanordnung für das Verfahren notwendig. Diese Anordnung ist eine mit Beschwerde anfechtbare Verfügung im Sinne des § 19 FGG., da das aus der elterlichen Gewalt fließende Vertretungsrecht durch die Pflegschaft berührt wird, wenn diese auch nur der Vorbereitung der noch nach § 1636 Satz 2 zu treffenden Entscheidung dient; in letzterer Beziehung aA. KG. 15. 2. 04, ZBlFG. **5** 84 (s. JDR. **3** zu § 1666 II 1 b).

2. Maßgebende Gesichtspunkte für die Regelung. ZBlFG. **6** 124, R. **05** 253 und 399, OLG. **11** 298, KGJ. **30** A 44 (KG.). Bei der Verkehrsregelung ist in erster Linie das geistige und leibliche Wohl der Kinder zu berücksichtigen (vgl. § 1635 Abs. 1 Satz 2), anderseits dürfen, soweit dieses es zuläßt, die natürlichen Rechte des Elternteils nicht verkümmert werden. Gestattung des Verkehrs nur unter Aufsicht eines Pflegers ist zwar eine außergewöhnliche Maßregel, aber beim Vorliegen besonderer Umstände, z. B. zu befürchtender Beeinflussung der Kinder gegen den die Erziehung leitenden Elternteil, nicht unzulässig. (Vom Landgerichte war dreimaliger Verkehr im Jahre, jedesmal drei Stunden, im Hause des Pflegers zugelassen; die weitere Beschwerde war erfolglos.) S. JDR. **2** zu § 1636 Ziff. 2.

3. Möglicher Inhalt der Anordnung. LG. I Berlin, ZBlFG. **6** 420. Die Zuführung des Kindes ist grundsätzlich Sache des Antragstellers, der von dem anderen Teile nicht verlangen kann, daß dieser ihm das Kind in die Wohnung bringe; eine vormundschaftsgerichtliche Anordnung des letzteren Inhalts ist unzulässig.

4. Die JDR. **3** zu § 1636 Ziff. 2c mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch OLG. **10** 285, SeuffA. **60** 148, SeuffBl. **05** 29.

5. **a)** Lobe, ZBlFG. **5** 580, erörtert die Frage, ob § 1636 BGB. die Befugnis des Königs von Sachsen zur Regelung des persönlichen Verkehrs seiner Kinder mit deren Mutter beschränke, mit dem Ergebnis, daß allein § 4 HausG. v. 30. 12. 37 maßgebend sei, wonach der König als Familienhaupt alle Maßregeln zur Erhaltung der Ruhe, Ehre und Wohlfahrt des Kgl. Hauses zu treffen habe, und verneint die Zulässigkeit der von Stranz, DJZ. **05** 105 angeratenen Übertragung der dem Könige zustehenden Befugnisse durch diesen auf eine andere Amtsstelle. — **b)** Auch Bornhak, DJZ. **05** 283, kommt zu dem Ergebnisse, daß der früheren Kronprinzessin von Sachsen materiell wie formell alle Befugnisse hinsichtlich des Verkehrs mit den Kindern entzogen werden können: materiell, da das hausgesetzliche Recht des Königs zu Maßregeln zwecks Erhaltung der Ruhe, Ehre und Ordnung auch jeden Verkehr abzuschneiden gestattet, formell, da der König als Inhaber der Obervormundschaft allein und endgültig entscheidet; der Umstand, daß die frühere Kronprinzessin nicht mehr Mitglied des Kgl. Hauses ist und nicht mehr der Familiengewalt des Königs unterworfen ist, steht nicht entgegen, da die Ansprüche auf Verkehr mit den Kindern sich auf Mitglieder des Kgl. Hauses beziehen, für die der König Familienhaupt ist. — **c)** Zu dem gleichen Ergebnisse der Anwendung des sächsischen Hausgesetzes gelangt Neumeyer, DJZ. **05** 494, der die Frage untersucht, ob Privatfürstenrecht auch bei Beteiligung Standesfremder anwendbar sei: Privatfürstenrecht und gemeines Recht stehen sich, jedes in seinem Bereiche, gleichberechtigt gegenüber; für die Anwendung gibt die Eigenart des betreffenden Rechtsverhältnisses den Ausschlag, wobei die Vorschriften über Statutenkollision heranzuziehen sind; nach §§ 1635, 1636 ist das Verhältnis zwischen geschiedenen Eltern und ihren Kindern eine Angelegenheit des Elternrechts, nicht des Scheidungsrechts, und daher nach Art. 19 Satz 1 EGBGB. nach dem persönlichen Rechte des Vaters zu beurteilen, unter Ausschaltung des Personalstatuts der Mutter auch hinsichtlich der Befugnis des persönlichen Verkehrs.

§ 1638. 1. **a)** R. **05** 433, SeuffBl. **05** 740 (BayObLG.). Der Vater, dem die Verwaltung entzogen ist, ist zu einer Einmischung in dieselbe auch dann nicht befugt, wenn ihm die Nutznießung zusteht; er kann deshalb die obervormundschaftliche Genehmigung eines Kaufvertrags nicht wegen zu niedrigen Preises mit Beschwerde anfechten. — **b)** R. **05** 594 (BayObLG.). Das elterliche Verwaltungsrecht an Vermögen, das unter Lebenden von einem Dritten zugewandt ist, kann dieser nicht nachträglich durch Verfügung von Todes wegen ausschließen (s. JDR. **1** zu § 1638 Ziff. 1 d).

2. Abs. 2. *Beyer, Surrogation 214 (209). Erwerb auf Grund eines zu dem Vermögen gehörenden Rechtes ist nur der ganz ohne vermittelndes Umsatzgeschäft erzielte Erwerb. — 230 (223). Erwerb auf Grund eines Rechtsgeschäfts, das sich auf das Vermögen bezieht, ist auch das, was durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Vermögens erworben wird.

§ 1639. *Beyer, Surrogation 325 [1]. § 1639 ist im Grunde nur eine aus § 1638 Abs. 1 und § 1651 Abs. 1 Ziff. 2 sich ergebende Konsequenz, da der zuwendende Dritte, statt den Vater von der ganzen Verwaltung und Nutznießung auszuschließen, sich auch nur mit einer Beschränkung begnügen kann; deshalb ist auch im Falle des § 1639 wie bei §§ 1638 u. 1651 der Eintritt der Surrogation anzunehmen.

§ 1640. I. Umfang der Inventarisationspflicht. 1. Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft. **a)** LG. Coblenz, RheinABl. **23** 14 ff. § 1640 betrifft nur die Vermögensverwaltung des Vaters in seiner Eigenschaft als elterlicher Gewalthaber und kann auf einen anderen Rechtstitel, insbesondere auf eine Verwaltung kraft Güterrechts wie die des Gesamtguts

der fortgesetzten Gütergemeinschaft keine Anwendung finden. Nach § 1487 hat der überlebende Gatte grundsätzlich freies Verfügungsrecht über das Gesamtgut und ist nur beschränkt verantwortlich, für die Auseinandersetzung ist der Zustand zur Zeit der Teilung maßgebend; bei dem sonstigen Vermögen ist der Vater dagegen der obervormundschaftlichen Aufsicht unterworfen und nach § 1664 verantwortlich, hier ist Inventarisierung von Erheblichkeit. Wäre im § 1640 das Gesamtgut einbegriffen, so wäre die besondere Bestimmung im § 1493 überflüssig. Wäre § 1640 auf das Gesamtgut anwendbar, so müßte auch § 1642 auf dasselbe ausgedehnt werden, der Vater wäre also zur mündelsicheren Anlegung des zum Gesamtgute gehörigen Geldes verpflichtet. Endlich müßte nach § 1670 der Vater wegen Nichteinreichung des Verzeichnisses der Verwaltung des Gesamtguts entsetzt werden können, was nicht einmal bei absichtlicher Schädigung des anderen Teiles möglich ist (vgl. §§ 1456, 1487). — **b)** LG. Mannheim, BadNotZ. **3** 99. § 1640 ist auf das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht anzuwenden, da Verwaltung kraft Güterrechts vorliegt. Ebenso Neumann (4) zu § 1640 I b δ. S. JDR. **3** zu § 1640 I 2.

2. Im Falle der statutarischen Nutznießung nach württ. Rechte. *Weegmann, WürttZ. **05** 299 ff. Beim Bestehen der dem überlebenden Gatten nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtlichen Wirkung des Güterstandes der württ. landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor 1. 1. 00 in Württemberg geschlossenen Vertrags zustehenden statutarischen Nutznießung greift der § 1640 nicht ein, da der statutarische Nutznießer württ. Rechtes als solcher verwaltet und nicht kraft elterlicher Gewalt. § 1640 bezieht sich nur auf solches Kindesvermögen, auf das die Vorschriften über die elterliche Gewalt Anwendung finden. Es kann das aufrechterhaltene Institut der statutarischen Nutznießung nicht nach zweierlei Recht beurteilt werden; das zeigt sich hauptsächlich dann, wenn der Nutznießer nicht Gewalthaber ist, z. B. der Großvater verwaltet Großmuttergut des Enkels. Der Nutznießer ist nach württ. Rechte bei unterlassener Auseinandersetzung zur Vermögensverzeichnung nicht verpflichtet, und der Gewalthaber verwaltet das Vermögen nicht. Es muß daher die dem Gewalthaber auferlegte Vermögensverzeichnung wirkungslos bleiben, und vom Nutznießer kann es nicht gefordert werden. Auch die dem Gerichte zustehenden Zwangsmittel beurteilen sich nach bisherigem Rechte. AA. Blessing, das. **05** 195 Note 1 (vgl. auch o. § 1314 Ziff. 1).

II. Form des Inventars. LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 80, JustdRundsch. **4** 297. Eine amtliche Schätzung der Grundstücke ist nicht vorgeschrieben und kann vom Gericht auch nicht im fiskalischen Interesse (Stempelberechnung) verlangt werden.

III. Maßregeln bei Verletzung der Inventarpflicht. R. **05** 648 (BayObLG.). Durch ein Vermögensverzeichnis, das die Mutter mit bewußt unrichtigen Angaben in der Absicht der Verheimlichung des wirklichen Vermögensstandes einreicht, erfüllt sie die Verpflichtung nach §§ 1640, 1669 nicht; ein solches Verzeichnis ist nicht bloß ungenügend im Sinne des § 1640 Abs. 2, sondern überhaupt kein Verzeichnis (nur ein Scheinverzeichnis); daher Entziehung der Vermögensverwaltung nach § 1670 begründet (s. JDR. **3** zu § 1640 II).

§ 1642. **a)** LG. Breslau, ZBlFG. **6** 227. Den Nachweis mündelsicherer Anlegung des Kindesvermögens kann das Gericht von dem elterlichen Gewalthaber nur fordern, wenn begründeter Verdacht vorliegt, daß sie schuldhaft unterblieben ist (s. JDR. **1** zu § 1642 Ziff. 3a). — **b)** HessRspr. **6** 47, Vf. d. GroßhHessJM. v. 3. 3. 05. Der Vater kann, wenn ihn das Vormundschaftsgericht auf Grund einer Mitteilung über die Vereinnahmung von Geld für das Kind hinsichtlich der mündelsicheren Anlegung überwachen wollte, die Auskunft

ablehnen, da eine dem § 1839 entsprechende Verpflichtung für den Gewalthaber nicht besteht. — c) BadJMBf. v. 14. 2. 05, BadRpr. 05 95. Das Gericht kann zwar die Genehmigung eines Erbteilungsvertrags von einer Sicherheitsleistung des das Vermögen übernehmenden Vaters für die Herauszahlungen an die Kinder abhängig machen, das Maß der Sicherheit ist aber nicht nach § 1807 zu bemessen. S. auch LG. Constanz, BadRpr. 05 268. Keine Sicherheitsleistung für die Gleichstellungsforderungen der Kinder, wenn die Mutter zur Übernahme des gesamten Nachlasses um den gerichtlichen Anschlag gegen Gleichstellungsgelder, die erst nach beendeter Nutznießung fällig sein sollen, auf Grund eines Erbvertrags berechtigt ist.

§ 1643. 1. Die bestrittene Frage, ob der Vater beim Erwerbe eines Grundstücks für das Kind gleichzeitig eine Kaufgelder-Hypothek ohne Genehmigung des Vormundsschafsgerichts bestellen kann, wird von *Meisner zu § 1643 bejaht, weil dann das Grundstück mit der (als Gegenleistung eingeräumten) Belastung erworben wird. Vgl. JDR. 3 zu § 1643 Ziff. 1.

2. Neumann (4) Note 2 zu § 1822, hält die JDR. 1 zu § 1643 Ziff. 2 c und 3 zu § 1643 Ziff. 2 c mitgeteilten Entscheidungen für bedenklich. Die Entgegennahme der Leistung ist Verfügung über die Forderung, nur hat, da die sachenrechtliche Wirksamkeit der Auflassung an den Vormund von dem Mangel der Genehmigung nicht berührt wird, über deren Vorhandensein der Grundbuchrichter nicht zu wachen, es ist vielmehr Sache der Gegenpartei, die ohne die Genehmigung nicht befreit wird.

3. a) Gegen die JDR. 3 zu § 1643 Ziff. 3 a mitgeteilte Entscheidung führt Josef, R. 05 525 ff. aus, daß die Erbauseinandersetzung ein gegenseitiger Vertrag sei, die sämtlichen Erklärungen in ihrer Wirksamkeit voneinander abhängig seien, auch mehrere Erklärungen desselben Beteiligten, deren eine obervormundschaftlicher Genehmigung bedarf, während die andere frei davon ist (Grundstücksveräußerung, Hypothekabtretung), daß deshalb die Hypothekabtretung unter der stillschweigenden Bedingung erfolge, daß die Grundstücksveräußerung obervormundschaftlich genehmigt werde. — b) Die Ansicht, daß ein vom Vater (Gewalthaber) abgeschlossener Erbteilungsvertrag, worin über ein Nachlaßgrundstück verfügt wird, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, vertritt auch *Meisner zu § 1643 u. Neumann (4) zu § 1643 III 1. Vgl. JDR. 1 zu § 1643 Ziff. 1 c, 2 zu § 1643 Ziff. 1, 3 zu § 1643 Ziff. 3 b.

4. Friedländer, DJZ. 05 495 ff., befürwortet auf Grund praktischer Erfahrungen zur Sicherung des Kindesvermögens eine Ausdehnung der im § 1643 enthaltenen Bestimmungen über Einschränkung der Vertretungsmacht des Gewalthabers, insbesondere auf die Fälle der §§ 1812 u. 1822 13, sowie der Vorschriften in §§ 1809, 1814—1820.

§ 1646. a) *Beyer, Surrogation 321 ff. Was der Vater mit Mitteln des Kindesvermögens im Namen des Kindes erwirbt, fällt direkt dem Kinde zu, aber nicht kraft Surrogation, sondern infolge der Grundsätze über Stellvertretung. Aber auch im Falle des § 1646, ➵ der nicht einen erkennbar im Namen des Kindes gemachten Erwerb voraussetzt ⇠, liegt keine Surrogation vor, da sich der Eintritt des mit Mitteln des Kindes gemachten Erwerbes in das Kindesvermögen nicht völlig unabhängig vom Willen des erwerbenden Vaters vollzieht (s. 6 Ziff. 4 u. 264). Damit ein Erwerb mit Mitteln des Kindes vorliegt, muß das Mittel aus dem Vermögen des Kindes ausscheiden, die Verfügung über den Gegenstand dem Kinde gegenüber wirksam sein; deshalb kommt § 1646 nicht zur Anwendung, wenn die Veräußerung infolge Versagung der etwa erforderlichen obervormundschaftlichen Genehmigung unwirksam ist und daher auch das Entgelt nicht mit Mitteln des Kindes erworben ist. Das Kind hat für die

Anwendung des § 1646 nur nachzuweisen, daß der Erwerb mit seinen Mitteln gemacht ist, während dem Vater der Beweis freisteht, er habe nicht für Rechnung des Kindes erwerben wollen (s. auch 338 VI). S. JDR. **1** zu § 1646 Abs. 1. — **b**) Planck (3) Note 3c zu Art. 203. Die Surrogation gilt erst v. 1. 1. 00 an. Es muß deshalb der, welcher sich auf die Surrogation beruft, beweisen, daß der Erwerb nach dem Inkrafttreten des BGB. stattgefunden hat.

§ 1647. **a**) RG. GruchotsBeitr. **49** Beil. 1098. Bevorrechtigte Forderungen im Sinne des § 61 [5] KO. im Konkurse des Vaters sind nicht bloß solche, welche gegen den Gemeinschuldner als gesetzlichen Verwalter vermöge der Verwaltung entstanden sind, sondern auch auf einem anderen Rechtsgrunde beruhende Forderungen, wenn sie nur von dem gesetzlichen Verwaltungsrechte mitumfaßt werden; der Umstand, daß der Gemeinschuldner selbst der Schuldner ist, schließt die Forderung nicht von der ihm als Vater gesetzlich zustehenden Verwaltung aus. Das Vorrecht erstreckt sich deshalb auch auf Beträge, die der Vater als mütterliches Erbteil der Kinder an sie zu zahlen bei der Auseinandersetzung nach dem Tode der Mutter übernommen hat (s. JDR. **2** u. **1** zu § 1647). — **b**) OLG. **10** 209 (Dresden). Dadurch, daß bei Begründung der Darlehnsforderung der Kinder gegen den Vater ein Pfleger mitgewirkt hat, wird nicht etwa das gesamte Darlehnsverhältnis des Vaters zu den Kindern dem Bereiche der väterlichen Verwaltung entzogen. In dem Zustandebringen des Darlehnsgeschäfts erschöpfte sich an sich die Aufgabe des Pflegers. Das Gericht hätte allerdings dem Pfleger auch noch die fernere Verwaltung der Darlehnsforderung übertragen können, so daß diese an Stelle der väterlichen Verwaltung getreten wäre; dazu wäre aber eine gleichzeitige Entziehung der Vertretungsmacht des Vaters durch besonderen vormundschaftsgerichtlichen Beschluß nach § 1796 (1630 [2]) erforderlich gewesen. Die Anordnung, daß vierteljährliche Darlehnsrückzahlungen zu Händen des Pflegers erfolgen sollten, verschafft dem Pfleger nur ein Recht vertraglicher Natur, schließt das Recht des Vaters zur Verwaltung, insbesondere Abtretung nicht aus. Für die Darlehnsforderung besteht also das Vorrecht nach § 61 [5] KO. im väterlichen Konkurse. — **c**) SeuffA. **60** 340 (Hamburg). Eine sinngemäße Anwendung des § 61 [5] auf den im § 236 KO. geregelten Sonderfall führt dazu, daß als Forderungen der Mündel des „Gemeinschuldners“ diejenigen Forderungen der im § 61 [5] bezeichneten Art zu gelten haben, welche das Gesamtgut zu der maßgeblichen Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bereits als Schulden des bis dahin zur Verfügung über das Gesamtgut berechtigten Ehemanns belasteten.

§ 1649. HansGZ. **05** Beibl. 249 (Hamburg). § 862 Abs. 1 ZPO. bezieht sich nur auf das gesetzliche Nutznießungsrecht am Kindesvermögen und ist nicht auf letztwillig vermachten Nießbrauch auszudehnen, wenngleich in Ermangelung des Rechtes aus dem Vermächtnisse die gesetzliche Nutznießung an demselben Vermögensobjekte zustehen würde.

§§ 1650, 1651. 1. Arbeitsverdienst — **a**) LG. Lyck, PosMSchr. **05** 110, JustizdRundsch. **4** 299. Der Arbeitsverdienst ist freies Vermögen, untersteht aber der Verwaltung des Vaters, der ihn an sich nehmen und für das Kind verwalten kann; überdies ist gemäß § 113 Abs. 2 eine Einschränkung dahin möglich, daß der Lohn ganz oder teilweise an den Vater zu entrichten ist. Der Vater ist daher zur Einklagung des Lohnes ohne Vollmacht berechtigt. — **b**) LG. Landsberg, KGBl. **05** 74. Die §§ 1650, 1651 schließen die Vertretungsbefugnis nicht aus, wohl aber § 113. Das Kind, das vom Vater ermächtigt ist, in Dienst zu treten, ist allein berechtigt, den Dienstlohn einzuklagen, neben ihm ist der Vater als gesetzlicher Vertreter nicht zur Prozeßführung legitimiert.

2. Geschäftsvermögen. Beyer 324 erachtet auch das Vermögen, welches

dem Kinde zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts überlassen wurde, da das Kind insoweit unbeschränkt geschäftsfähig geworden, für von der väterlichen Verwaltung ausgeschlossen (s. JDR. 2 zu §§ 1650, 1651 Ziff. 2a u. b).

3. Hollback, GrünhutsZ. **32** 581[72]. Das Vermögen, auf dessen Nutznießung der Vater verzichtet hat (§ 1662) oder dessen Nutznießung ihm entzogen ist, gehört nicht zum freien Vermögen, wenn auch die Wirkungen des § 1650 eintreten. AA. Planck II zu § 1651, Spahn 108.

4. Surrogation. — **a**) Beyer 323 ff. Auch für das freie Vermögen gilt der Surrogationsgrundsatz: Was das Kind mit Mitteln seines freien Vermögens erwirbt, wird freies Vermögen; es muß sich aber um Erwerb des Kindes handeln, der Erwerb also in dessen Vermögen übergegangen sein; der Vater muß also entweder im Namen des Kindes gehandelt haben oder doch so, daß § 1646 platzgreift. Ausnahmsweise tritt Surrogation nicht ein, wenn an Stelle von Sachen, die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmt waren, andersartige Gegenstände erworben sind, da die Zugehörigkeit jener lediglich in Rücksicht auf ihre besondere Eigenschaft und ihren Zweck bestimmt ist. Nur im § 1651 ist § 1638 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt, nicht im § 1650 (s auch 337 III a α 2). — **b**) Abs. 2. *Hollback, GrünhutsZ. **32** 557 ff., 579 ff. Ein Anwendungsfall des römisch-rechtlichen Grundsatzes „pretium succedit in locum rei“, d. h. einer alle zu einer rechtlichen Einheit gehörigen Gegenstände ergreifenden Surrogation. Es folgt dieses aus der Entstehungsgeschichte des § 1651 Abs. 2. Ein begründeter Zweifel, ob § 1650 die Ausnahme von einer in dem freien Kindesvermögen allgemein herrschenden Surrogation ist und § 1651 dagegen die Regel statuiert, oder ob umgekehrt die Surrogation als Einzelbestimmung auf § 1651 beschränkt sein soll, während im allgemeinen das Surrogationsprinzip dieses Sondervermögen nicht beherrschen soll, löst sich durch die Erkenntnis, daß die durch eine Verschiebung des § 1282 in der RTK. notwendig gewordene redaktionelle Umgestaltung des freien Kindesvermögens dann daselbst übersehen worden ist. Das „pretium succedit in locum rei“ findet sich weiter in den §§ 718, 54, 1370, 1440, 1486, 1526, 1554, 1497, 1546, 1549, 1381, 1382, 1524, 1525, 1550, 1638, 1646, 2019, 2041, 2111, 2374; dagegen ist nicht etwa Surrogation im Sinne des römischen Rechtes die vielfach im Gesetze für einen Einzelfall angeordnete Surrogation (vgl. z. B. die §§ 966, 979, 1086, 1219, 2164, 2288). Diese prinzipielle Unterscheidung in der rechtlichen Natur der Surrogation ist begründet in den Mot. III 29 u. V 583. — 585 ff. Das „pretium succedit in locum rei“ begegnet uns in zwei Hauptformen im BGB. Einmal in der Form I: „Was erworben ist auf Grund eines zu dem fraglichen Vermögen gehörenden Rechtes usw.“, und zweitens in der Fassung: „Was mit Mitteln erworben ist“ (Form II). Nur § 1382 reiht sich als Ausnahme in keine der beiden Kategorien ein. Die Surrogation nach Form I ist gedacht als ein dem Eigentümer zur Verwaltung des Vermögens gegebenes Hilfsmittel, die Form II stellt sich dar als Schutzmittel für ein der Verwaltung des Eigentümers nicht unterliegendes Vermögen (30). Dieses Prinzip ist in zwei Fällen durchbrochen (vgl. die §§ 1638 und 1651). Im Falle des § 1638 stehen sich das Kind als Surrogationsberechtigter und der an Stelle des Vaters bestellte Pfleger als Erwerber des Surrogats gegenüber. Für das freie Kindesvermögen (§ 1651) entstehen aber durch die Verwaltung des Vaters die gleichen Gefahren wie für das eingebrachte Gut der Frau. Folglich hätte in §§ 1638 und 1651 das Surrogationsprinzip in Form II zur Geltung kommen müssen.

§ 1653. Die JDR. **3** zu § 1653 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch R. **05** 45.

§ 1654. 1. Kindesvermögen als Voraussetzung der Prozeßkostenhaftung des Vaters. — **a)** Karl Meyer, BayRpflZ. **05** 262. Der Vater (event. die Mutter) haftet als gesetzlicher Vertreter des Kindes für die Kosten eines für das Kind geführten Rechtsstreits, wenn nur der Fall der grundsätzlichen Nutznießung an dem Vermögen des Kindes gegeben, ohne daß überhaupt Vermögen vorhanden ist. — **b)** LG. München I, JustdRundsch. **4** 184. Zu den Lasten der Nutznießung gehören nach § 1654 Satz 3 auch die Kosten des Rechtsstreits, der für das Kind geführt wird, sofern sie nicht dem freien Vermögen zur Last fallen; dabei genügt es für die Zahlungspflicht des Gewalthabers, daß lediglich der Fall der grundsätzlichen Nutznießung gegeben ist, ohne daß bereits Vermögen vorhanden ist. Die Gerichtskasse kann demnach auf Grund des § 92 GKG. auch den Vater in Anspruch nehmen (s. JDR. **3** u. **2** zu § 1654. — AA. LG. München I, SeuffBl. **05** 745. § 1654 Satz 2 setzt voraus, daß das Kind Vermögen besitzt, welches der väterlichen Nutznießung unterliegt; ist solches nicht vorhanden, so hat er auch nicht die zu Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens gehörigen Prozeßkosten zu tragen (s. JDR. **2** zu § 1654).

2. Der Anspruch eines Kindes aus dem Haftpflichtgesetz. LG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 36. Ersatzanspruch wegen verminderter Erwerbsfähigkeit kann nicht (in Anwendung der §§ 1638 Abs. 2, 1651 Abs. 2) als zum freien Vermögen gehörendes Recht angesehen werden. Deshalb fallen die Kosten des Prozesses über ein solches Recht dem Vater zur Last.

3. Folge der väterlichen Kostenhaftung für das Armenrecht. PrVerwBl. **26** 10 (OVG.). Zu den Lasten, die der Vater zu tragen hat, gehören auch die Kosten eines Rechtsstreits, in dem der Vater ein zum nicht freien Kindesvermögen gehörendes Recht geltend macht, sowie die Kosten eines Rechtsstreits, den das Kind führt, sofern diese Kosten nicht dem freien Vermögen zur Last fallen; gleichgültig ist, ob der Rechtsstreit für das Kind vom Vater, von einem Pfleger oder von dem Kinde selbst geführt wird, oder ob es ein Aktiv- oder Passivprozeß ist. Als solche Kosten kommen nicht nur die nach rechtskräftiger Entscheidung dem Kinde zur Last fallenden Kosten in Frage, auch sind sie nicht erst nach beendeter Nutznießung zu zahlen; vielmehr hat das Kind gegen den Vater, ebenso wie nach **RG. 37** 73 die Frau gegen den Mann, einen Anspruch auf Hergabe der zur Führung seiner Prozesse erforderlichen Geldmittel; dieser Anspruch ist nötigenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung nach §§ 973, 940 ZPO. durchzusetzen, und das Kind ist daher nicht genötigt, das Armenrecht nachzusuchen, falls nur der Vater zur Bestreitung der Kosten vermögend ist (weshalb auch die um das Armutszeugnis angegangene Verwaltungsbehörde die Erteilung ablehnen kann, wenn der Gesuchsteller gegen einen zahlungsfähigen Angehörigen einen Rechtsanspruch auf Kostenvorschuß oder Kostentragung hat.

§ 1662. 1. Verzicht auf die Nutznießung an einem Teile des Vermögens. Beyer, Surrogation 326[1]. Ein Verzicht auf die Nutznießung an einzelnen zum Kindesvermögen gehörenden Gegenständen ist unzulässig, da dem Vater nicht ein Nutzungsrecht an den einzelnen Sachen und Rechten des Kindes, sondern nur ein Recht am gesamten Kindesvermögen unter Ausschluß des „freien Vermögens" zusteht (s. auch von Walther, PrVerwBl. **26** 578: Der Vater kann auf die Nutznießung nur im ganzen, nicht an einzelnen Vermögensteilen verzichten; dagegen kann er bei Zuwendungen an das Kind aus seinem eigenen Vermögen auf den Nießbrauch verzichten, auch ist Zuweisung einzelner Gegenstände des unfreien an das freie Vermögen durch Vertrag mit einem Pfleger möglich). S. JDR. **2** zu § 1662 Ziff. 1.

2. Breit, SächsA. **15** 184. Die Verzichtserklärung gegenüber einem Pfleger wäre wirkungslos.

3. Josef, DNotV. **05** 169. Der Verzicht kann auch wirksam in einem Prozeßvergleich in einem vor dem betreffenden Amtsgericht anhängigen Prozeß oder vor dem Amtsrichter als ersuchtem Richter erklärt werden, auch wenn der Prozeßrichter nicht Vormundschaftsrichter ist. — Josef a. a. O. 181. Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers genügt nicht.

§ 1665. Die JDR. **3** zu § 1665 aE. mitgeteilte Entscheidung des OLG. Rostock findet sich auch SeuffA. **60** 110, MecklZ. **23** 11.

§ 1666. I. Voraussetzungen. 1. Vernachlässigung. ZBlFG. **5** 492 (Dresden). Schuldhafte Vernachlässigung der Erziehungspflicht liegt vor, wenn der Vater eines schwachsinnigen Kindes die für dessen Erziehung gebotene Anstaltserziehung trotz Hinweis auf deren Ausführbarkeit und Zuträglichkeit unterläßt, da das Kind nur durch die besondere Anstaltserziehung entsprechende Förderung des Geistes und Körpers und damit gehörige Vorbereitung für den künftigen Beruf finden kann.

2. Mißbrauch. **a)** OLG. **10** 1 (KG.). Die wiederverheiratete Mutter, die eine über das nach § 1617 BGB. zulässige Maß hinausgehende Ausnutzung der Arbeitskraft ihres Kindes durch den Stiefvater nicht hindert, mißbraucht durch diese Duldung das ihr verbliebene Sorgerecht für die Person des Kindes, so daß anderweite Unterbringung nach § 1838[2] gerechtfertigt sein kann. — **b)** KGJ. **30** A 12 ff. (KG.). Bedarf das fast völlig erblindete Kind, das dem Unterricht in der Volksschule nicht zu folgen vermag, einer besonderen, nur in einer Blindenanstalt zu gewährenden Erziehung, um nicht geistig verwahrlost zu werden, so würde ein das geistige Wohl gefährdender Mißbrauch, der die Unterbringung des Kindes in einer Anstalt wider den Willen des Vaters rechtfertigt, nur dann vorliegen, wenn der Vater die sich bietende Gelegenheit zur Unterbringung ohne gerechtfertigten Grund zurückwiese; Gemeinde und Armenverband sind zur Tragung der Kosten solcher Anstaltserziehung nicht verpflichtet. (Dem Kreisschulinspektor steht auf Grund des § 57[9] FGG. Beschwerde gegen die Abweisung des Antrags auf Unterbringung nach § 1666 zu.) — **c)** Die JDR. **3** zu § 1666 I 3 b mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch RheinANV. **22** 98. — **d)** Eichhorn, R. **05** 331, hält die Einführung des Begriffs „Mißbrauch" für eine unpraktische und überflüssige Neuerung; der Begriff erscheine, wenn für ihn nur das freie Ermessen maßgebend sei, so dehnbar, daß zu besorgen sei, es könne mit ihm selbst „Mißbrauch" getrieben werden. — **e)** RheinANV. **05** 121 ff. (KG.). Die Voraussetzungen des § 1666 liegen vor, wenn die Mutter das religiöse Selbstbestimmungsrecht des Kindes unter Mißbrauch ihres Personensorgerechts zu vereiteln sucht und dadurch das geistige Wohl gefährdet. Das Recht des Kindes, seine Religion zu wählen, umfaßt auch das Recht der freien Wahl des religiösen Unterrichts und der Religionsübung in einem bestimmten Bekenntnis. Eine bloße Beeinflussung des Kindes seitens der Mutter zugunsten einer bestimmten Religion gibt dem Vormundschaftgerichte noch kein Recht, einzuschreiten, nur wenn diese Einwirkung durch die Wahl unzulässiger Mittel rechtswidrig, mißbräuchlich wird, kann ein Schutzbedürfnis für das Selbstbestimmungsrecht ein Einschreiten des Gerichts rechtfertigen, z. B. Zwang zum Besuch eines bestimmten Religionsunterrichts seitens der Mutter, Versprechen äußerer Vorteile (s. JDR. **2** zu § 1666 I 2 d).

3. Unsittliches Verhalten. **a)** BayObLG., R. **05** 18, SeuffBl. **05** 179. Hat der Vater seinen früheren unsittlichen Lebenswandel aufgegeben und ist kein Rückfall zu befürchten, so fehlt der Anlaß zum Einschreiten aus § 1666 (s. JDR. **2** zu § 1666 I 5 Abs. 3). — **b)** OLG. Dresden, ZBlFG. **6** 212. Der bloße Verdacht sittlicher Verfehlung rechtfertigt nicht Maßnahmen gegen den Vater. Wohl aber kann in der Feststellung eines intimen Verkehrs mit der

Wirtschafterin und von Umständen, die den dringenden Verdacht eines Geschlechtsverkehrs ergeben, ein Verhalten des Vaters dargetan sein, welches unsittlich ist und das geistige Wohl des Kindes gefährdet.

4. Verschulden. Neumann (4) zu § 1666 IV 1. Die Maßregeln des § 1666 Abs. 2, Entziehung der Vermögensverwaltung (§ 1638) und der Nutznießung (§ 1649), setzen anders als die auf Grund des § 1666 Abs. 1 zu treffenden, kein Verschulden des Gewalthabers, sondern nur objektiv Verletzung und Gefährdung betreffs des Unterhalts voraus.

II. Gerichtliches Einschreiten im allgemeinen. 1. Pflegerbestellung während des Verfahrens. a) **RG. 60** 134 ff., ZBlFG. **5** 755, DNotV. **05** 486, JW. **05** 176, BayObLG. **6** 59, R. **05** 195, RheinARV. **23** 20 ff., SeuffBl. **05** 215. § 1909 betrifft Angelegenheiten, deren Besorgung an und für sich dem Vater oder Vormund obliegt, und in deren Verhinderung einem Pfleger übertragen werden muß, während dem Vormundschaftsgerichte die Betreibung nicht zusteht; zu diesen Angelegenheiten gehören die Maßregeln aus § 1666 nicht. Auch sind Vater und Kind in dem Verfahren nicht Parteien mit widerstreitenden Interessen, vielmehr ist das Kind Gegenstand amtlicher Fürsorge (Verfahren von Amts wegen); Beschwerderecht steht jedem zu, der ein berechtigtes Interesse hat. Die Notwendigkeit einer Pflegerbestellung ist nirgends angedeutet, auch nicht als Regel anzuerkennen; seine Mitwirkung (Unterstützung des Gerichts bei den Ermittelungen, Beschwerde) ist keineswegs immer geboten. Zulässig ist aber die Pflegerbestellung aus besonderen Gründen, da sie als erforderliche Maßregel im Sinne des § 1666 behufs Vorbereitung der Entscheidung erscheinen kann; darüber urteilt jedoch allein der Richter der Tatfrage. Aus denselben Gründen hatte sich auch das BayObLG. 21. 1. 05 (BayObLG. **6** 54, BayRpflZ. **1** 130, R. **05** 108, SeuffBl. **05** 205, ZBlFG. **5** 757) bei Vorlegung der Beschwerde an das RG. gegen die Notwendigkeit der Pflegerbestellung in allen Fällen und für die in Bayern herrschende Übung, einen Pfleger nur aus besonderen Gründen zu bestellen, ausgesprochen (s. JDR. **3** zu § 1666 II. 1). — **b**) Josef, ABürgR. **26** 350 ff. In dem Verfahren, das die Entziehung der Personensorge eines Elternteils gemäß §§ 1666, 1635 betrifft, ist Pflegerbestellung für das Kind als Formalerfordernis niemals geboten: es ist nicht ein Streiten zwischen Eltern und Kind, sondern ein Verwaltungsverfahren von Amts wegen in Frage, bei dem das Kind nur Objekt des gerichtlichen Schutzes, nicht Beteiligter und nicht vertretungsbedürftig ist, vielmehr auch als Zeuge vernommen werden kann; aber auch wenn das Kind eines Vertreters bedürfte, so wäre dies der Vater, da Interessenwiderstreit die Vertretungsmacht nicht aufhebt. Nur, wenn das Gericht im Einzelfalle besonders eingehende Ermittelungen für erforderlich hält und der Vater wegen seines persönlichen Interesses keine Gewähr für sachgemäße Erledigung bietet, kann das Gericht dem Vater die Vertretung insoweit entziehen, als es sich um die Ermittelung von Tatsachen handelt, die für die Regelung der Erziehung ausschlaggebend sind, und einen Pfleger bestellen; in der Regel ist aber ein solcher Pfleger unnütz, Ermittelungen des Gerichts vorzuziehen. Beschwerderecht hat der Vater gegen Pflegerbestellung, da diese sein Recht zur Vertretung, ob mit Recht oder nicht, beeinträchtigt, so daß die Frage, ob vorbereitende Anordnungen der Beschwerde unterliegen, gar nicht in Betracht kommt. AA. KG. (s. JDR. **3** zu § 1666 II 1 b; die dort mitgeteilte Entscheidung findet sich auch OLG. **10** 21). Dem den Kindern bestellten Pfleger steht aber kein Beschwerderecht gegen die Entscheidung im Erziehungsstreite zu, da diese nur über das Sorgerecht der Eltern ergeht, kein Recht des Kindes beeinträchtigt.

2. Vorläufige Anordnung des Vormundschaftsgerichts. SächsOLG. **26** 224 (Dresden). Das Vormundschaftsgericht kann in einem Verfahren auf

Grund des § 1666 eine vorläufige Anordnung treffen, wenn dringende Gefahr eine einstweilige Sorge für das Kind auf Grund bloßer Glaubhaftmachung bis zur endgültigen, erst nach Vornahme gehöriger Sachuntersuchung zu treffenden Entscheidung erfordert, insbesondere zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes hinsichtlich der Erziehung, wenn anderenfalls infolge Obsiegens des Vaters im Herausgabeprozesse (§ 1632) eine gefahrdrohende Veränderung zu besorgen wäre, während die Möglichkeit besteht, daß das Verfahren nach § 1666 zur Entziehung der Personensorge gegenüber dem Vater führt. Für einstweilige Anordnungen auf die Dauer des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens auch Neumann (4) Note 1 vor §§ 1665 ff. (s. JDR. 1 zu § 1666 II 2a).

3. Einstweilige Anordnungen des Prozeßgerichts. a) RG. 26. 1. 05, PosMschr. 05 66. Für Anordnung aus § 627 ist § 940 maßgebend; zu den „anderen Gründen" kann auch die Rücksicht auf die gedeihliche Entwickelung des Kindes gehören. — b) R. 05 649 (Jena). Die Übertragung der Personensorge gemäß § 627 ZPO. richtet sich hauptsächlich danach, bei welchem Elternteile die Kinder am besten aufgehoben sein werden, nicht nach dem Verschulden des Elternteils an den Ehestreitigkeiten. — c) R. 05 83 (Braunschweig). In dem auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichteten Prozesse kann nicht die Fürsorge für die Kinder durch einstweilige Verfügung geregelt werden, da diese Regelung keinen Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis hat (s. JDR. 2 zu § 1666 II 2).

III. Die Unterbringung in Familien und Anstalten. 1. Bedürfnis dieser Maßnahmen. ZBlFG. 6 277, OLG. 11 299, KGJ. 30 A 40, R. 05 511 (KG.). Die Unterbringung des Kindes kann nur angeordnet werden, wenn für diese Maßregel ein selbständiges Bedürfnis vorliegt; sie ist insofern subsidiärer Natur und von dem besonderen Schutzbedürfnisse des Kindes abhängig. Ein solches Bedürfnis ist grundsätzlich zu verneinen, wenn neben dem Elternteile, gegen den nach § 1666 eingeschritten wird, noch ein zweiter Elternteil vorhanden ist, dem nunmehr das Recht zur Personensorge zusteht, so daß durch dessen nun an erste Stelle tretende Sorgepflicht weitere Maßregeln des Gerichts entbehrlich werden; während bestehender Ehe geht allerdings das dem Vater entzogene Sorgerecht nicht auf die Mutter über, wohl aber geht es nach Auflösung der Ehe auf den anderen Ehegatten über, falls dieser nicht die elterliche Gewalt verwirkt hat.

2. Aussetzung des Verfahrens als besondere Maßregel. a) Thiesing, R. 05 76. Das Vormundschaftsgericht kann nach seinem Einschreiten den Beschluß über die anderweite Unterbringung des Kindes einstweilen aussetzen, wenn die bisherigen Ermittelungen noch nicht genügende Klarheit über die Sachlage geschaffen haben und die Festsetzung einer „Bewährungsfrist" empfehlenswert erscheint (Folge aus § 1671). — b) *Pitel, ZBlFG. 6 196 tritt für die Befugnis des Vormundschaftsgerichts ein, die Entscheidung über die Zwangserziehung Minderjähriger auszusetzen. Für die hierher gehörigen Fälle des § 1666 leitet er sie aus dem materiellen Rechtssatze her, daß der Vormundschaftsrichter nur das Erforderliche tun solle, mithin auch eine Bewährungsfrist als Zwangsmittel gegenüber dem schuldhaften Gewalthaber setzen könne. In den anderen Fällen, die zur FürsorgeErz. führen können, erblickt er in der Bestimmung einer solchen Frist ein Zuchtmittel gegenüber dem Minderjährigen, das freilich wegen § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB. nur auf Antrag des Gewalthabers angewendet werden dürfe. Überall will er aber die Aussetzung zugleich als einen je nach Umständen sehr brauchbaren Ermittelungsbehelf i. S. des § 12 FGG. angesehen wissen, namentlich wenn der Sachverhalt nicht völlig schlüssig sei, oder wenn zwar durch die bloße Einleitung der gerichtlichen Untersuchung eine Besse-

rung der Verhältnisse erzielt worden sei, deren Nachhaltigkeit aber zweifelhaft bleibe. Der Maßregel wird daher mit Wärme die weiteste Verbreitung gewünscht. Von den die Frage nur für das Fürsorgeerziehungsverfahren behandelnden Autoren, s. u. Ziff. IV a zu Art. 135 EG., ist gleicher Ansicht Schultzky, R. 05 328; aA. Fuhrmann, R. 05 12 und Schmitz, R. 05 245. Gegen Schmitz, R. 05 245, der hervorhebt, daß ein einmal eingeleitetes Verfahren unter Vermeidung jeder unnötigen Verzögerung seinem baldigen Abschlusse entgegengeführt werden muß, und Ablehnungsbeschluß mit Vorbehalt empfiehlt, weist *Pitel, ZBlFG. 6 198, auf die Frage der Kostenlast und auf das Gesetz der Trägheit hin, dessen Einflusse auch der Beste nicht ganz entgehe: es halte schwerer, ein, wenn auch nur unter Vorbehalt, aufgegebenes Werk von Grund auf neu zu beginnen, als ein liegen gebliebenes da, wo es unterbrochen worden, wieder aufzunehmen; vgl. auch KGJ. 30 A 60.

3. Verhältnis der Maßnahmen aus § 1666 zu der landesrechtlichen Zwangs- und Fürsorgeerziehung. **a**) Köhne, Jugendschutz durch den Richter, DJZ. 05 1087 ff., erörtert das Verhältnis der vormundschaftsgerichtlichen Maßnahmen aus §§ 1666, 1838 zur Fürsorgeerziehung. Bei Gefährdung des Kindes durch seine Umgebung ist anderweite Unterbringung geboten. Einschränkung der elterlichen Gewalt und Pflegerbestellung führt aber nicht zum Ziel, auch richterliche Hilfe nur, wenn Geldmittel zur Verfügung stehen (eigenes Vermögen, öffentliche oder freiwillige Armenpflege) und Kind und Gewalthaber sich den richterlichen Anordnungen fügen, das Kind sich nicht vor dem abholenden Gerichtsvollzieher verbirgt, die Angehörigen sich ungünstiger Einwirkungen enthalten. Wirksam ist die Fürsorgeerziehung, bei der Machtmittel und öffentliche Einrichtungen zur Verfügung stehen. In Preußen ist diese aber durch die Rechtsprechung des KG., in Übereinstimmung mit BAH., eingeengt auf die Fälle, in denen besondere erziehliche Maßregeln notwendig sind oder die Armenpflege versagt, während in Fällen der sog. künstlichen Hilfsbedürftigkeit zunächst die Armenpflege die Mittel zu anderweiter Unterbringung zu leisten habe. Erhebliche Schwierigkeiten verursacht aber die Frage, wann besondere erziehliche Maßregeln erforderlich sind und welche Mindestansprüche an eine Unterbringung des Kindes auf Grund der §§ 1666, 1838, also außerhalb der FE. zu stellen sind. Nicht nur bei zweifelsfreiem Nachweis verbrecherischer Neigung, ungewöhnlicher Roheit oder sittlicher Verkommenheit ist besondere erzieherische Einwirkung nötig, auch bei Kindern, die im Elternhause Unsittlichkeit, Verbrechen, physischen und moralischen Schmutz gesehen haben, ist sie nötig, sobald sie über die ersten Kindesjahre hinaus sind. Wenn das KG. den Armenverband nur für verpflichtet hält, bei der Unterbringung im Armenhause das Kind vor Berührung mit schlechten Elementen zu schützen, während die Erziehung Sache des Vormundes unter Aufsicht des Waisenrats sei, so ist dies theoretisch richtig, praktisch aber undurchführbar. Die Erziehung kann nicht gelegentlich durch Rücksprachen, sondern nur durch dauernde Einwirkung seiner regelmäßigen Umgebung geschehen. Kinder im Armenhause können ebensowenig erzogen werden, wie solche, die zur Ausnutzung an die mindestfordernde Familie vergeben sind; hier ist Fürsorgeerziehung geboten, trotz der Bereitwilligkeit des Armenverbandes, die Beschlüsse auf Grund der §§ 1666, 1838 auszuführen. Ebenso ist Fürsorgeerziehung am Platze, wenn das Verhalten der Eltern in dem auf Beschränkung der Gewalt abzielenden Verfahren spätere ungünstige Einwirkungen derselben auf das Kind erwarten läßt, es ist nicht wirkliche Einwirkung erforderlich, wie das KG. annimmt (s. JDR. 1 zu Art. 135 Ziff. 4 Abs. 2 aE., vgl. auch R. 05 337). — **b**) HessRspr. 6 75 (Darmstadt). Dem Gericht steht das unbeschränkte Wahlrecht zwischen den Maßregeln aus § 1666 und Art. 1 Abs. 2 Grh. hess. ZEG.

v. 11. 11. 99 zu; es hat pflichtmäßig zu ermessen, ob auf dem einen oder anderen Wege das Interesse des Minderjährigen besser gewahrt wird. — **c)** OLG. **11** 302 (KG.). Ergibt sich im Fürsorgeerziehungsverfahren, daß die Verwahrlosungsgefahr durch Unterbringung der Kinder außerhalb des Elternhauses und Einschränkung der elterlichen Gewalt abgewandt werden kann, so kann eine Verbindung beider Verfahren eintreten, die Anordnung der anderweiten Unterbringung nach § 1666 ist gleichzeitig Ablehnung der Fürsorgeerziehung. Anzuordnen ist aber nur die Trennung vom Elternhause; die Art der Unterbringung (Familie oder Anstalt) anzuordnen, ist Sache des Armenverbandes.

4. Verhältnis zur Armenpflege. **a)** Tilemann, PrVerwBl. **26** 63 ff., bezeichnet als Grundirrtum der kammergerichtlichen Rechtsprechung (s. JDR. **2** zu § 1666 III 4 und Art. 135 Ziff. 20) die Annahme, daß die Armenverbände von jeher verpflichtet gewesen seien, den Anordnungen des Vormundschaftsgerichts auf anderweite Unterbringung der Kinder Folge zu leisten, es sei dies nicht seit lange feststehender Rechtssatz, sondern erst seit kurzem geäußerte Ansicht der obersten Spruchbehörde (vgl. auch PrVerwBl. **26** 367); er vertritt auch die Ansicht, daß den Armenverbänden gegen die Anordnung des Vormundschaftsgerichts kein Beschwerderecht zustehe. Im übrigen macht er Reformvorschläge zur Beseitigung der Kollision zwischen den Aufgaben der Armenpflege und der Fürsorgeerziehung (Erziehung der in Anstalten unterzubringenden Zöglinge den Provinzialverbänden zu belassen, Unterbringung der objektiv verwahrlosten Kinder in Familienpflege den Ortsarmenverbänden zu übertragen, unter Kostenbelastung der Landkreise). Dagegen Schlenther, PrVerwBl. **26** 220, der den Standpunkt des KG. als richtig und praktisch erachtet und auch das Beschwerderecht der Armenverbände gegen die vormundschaftsgerichtliche Trennungsanordnung annimmt; in letzter Beziehung gleicher Ansicht Horion, PrVerwBl. **26** 220 im Anschluß an die JDR. **2** zu § 1666 III 3 mitgeteilte Rechtsprechung (s. JDR. **3** zu § 1666 III 2). — **b)** DJZ. **05** 556, BAH.. Die Unterstützungspflicht des Armenverbandes ist nicht davon abhängig, durch welche Ursache die Hilfsbedürftigkeit herbeigeführt wird. Für Erziehungskosten braucht er nicht aufzukommen, wohl aber für Obdach und Lebensunterhalt, deren Notwendigkeit durch die Trennungsanordnung gemäß § 1666 herbeigeführt wird. Die Fürsorge braucht er aber nicht in der vom Gericht bestimmten Art oder an dem bestimmten Orte zu gewähren. Allein da die an die Rettungsanstalt gezahlten Beträge nicht höher sind, als eine Familie für Obdach und Verpflegung erhält, so stellen sie sich nicht als Erziehungskosten, sondern als erstattungsfähige Unterhaltskosten dar.

5. Die JDR. **3** zu § 1666 III 3 mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch FischersZ. **29** 337.

6. OLG. **10** 288 (KG.). Lehnt das Gericht Maßnahmen aus § 1666 ab, so kann weder Abs. 1 Nr. 6 noch Abs. 2 des § 94 PrGKG. zur Anwendung kommen, auch ist nicht der Antragsteller Kostenschuldner, da das Geschäft von Amts wegen zu betreiben ist, sondern die Kinder, deren Interesse bei dem Geschäft wahrgenommen ist (s. JDR. **3** zu § 1666 III 4).

7. Vossen, Elternrecht und Polizei, R. **05** 463, regt verschiedene Fragen über das Institut der Fürsorgepolizei und deren Befugnis, Eltern die Kinder gegen deren Willen wegzunehmen, an.

§ 1667. 1. **a)** Neumann (4) Note 1a zu § 1667 verlangt nur objektive Pflichtverletzung (s. JDR. **1** zu § 1667 Ziff. 1b u. **3** zu § 1667 Ziff. 1a. — **b)** Die JDR. **3** zu § 1667 Ziff. 1b Abs. 2 mitgeteilte Entscheidung des Bay. ObLG. findet sich auch R. **05** 45, SeuffA. **60** 287. — **c)** Die JDR. **3** zu § 1667 Ziff. 1c mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch OLG. **10** 2.

2. **a**) Die JDR. **3** zu § 1667 Ziff. 2a mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch DNotV. **05** 238, R. **05** 117. — **b**) BayObLG., R. **05** 648 Maßregeln nach § 1667 können auch mündlich getroffen werden.

§ 1669. 1. Auseinandersetzung. LG. Köln, ZBlFG. **6** 371. § 1669 verlangt nur die Herbeiführung der Auseinandersetzung, soweit eine Gemeinschaft zwischen Vater und Kind besteht; deshalb wird bei Mehrheit von Kindern nur eine Teilung zwischen Vater einerseits, den Kindern anderseits verlangt, Auseinandersetzung zwischen den Kindern selbst, die einen besonderen Pfleger und fortan eine besondere Vermögensverwaltung für jedes Kind erfordern würde, verlangt weder Wortlaut noch Zweck des § 1669. Die Auseinandersetzung kann deshalb auch so erfolgen, daß der Vater einen Bruchteil eines Grundstücks erhält, während das Grundstück im übrigen den Kindern in ungeteilter Erbengemeinschaft verbleibt.

2. Wegfall der Verpflichtung im Falle des § 1693. Neumann (4) zu § 1669 II 1b. Der Mutter liegen die Pflichten aus § 1669 nicht ob, wenn ein Beistand gemäß § 1693 für die gesamte Vermögensverwaltung als Pfleger bestellt ist (s. JDR. **3** zu § 1669 Ziff. 3).

3. Fortdauernde Geltung landesrechtlicher Bestimmungen. **a**) Nassau. KGJ. **30** A 46 (KG.) s. o. § 1314 Ziff. 3 (vgl. JDR. **1** zu § 1669 II 2b). — **b**) Württemberg. *Weegmann, WürttZ. **05** 302. Beim Bestehen der dem überlebenden Gatten nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes der württ. landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor 1. 1. 00 in Württemberg geschlossenen Vertrags zustehenden stat. Nutznießung greift § 1669 nicht ein, da er nur auf ein Kindesvermögen Anwendung findet, das der Gewalthaber kraft elterlicher Gewalt verwaltet. Die Frage, welche Verpflichtungen dem statutarischen Nutznießer durch seine Wiederverheiratung erwachsen, ist lediglich nach altem Rechte zu beurteilen. Nach Art. 36 NotG. ist die Auseinandersetzung alsbald mit der Wiederverheiratung vorzunehmen. Das NotG. verlangt aber nicht, daß die Auseinandersetzung notwendig der Eheschließung vorangehen müsse (vgl. o. § 1314 Ziff. 1).

§ 1671. RheinARV. **05** 121 ff. (KG.). Die Aufhebung einer Anordnung setzt eine derartige Veränderung der maßgebend gewesenen Verhältnisse voraus, daß kein Bedürfnis für die Aufrechterhaltung mehr vorliegt, da insolange im Interesse des Kindes die zu seinem Schutze getroffenen Anordnungen fortbestehen müssen. Anordnungen aus § 1666 sind daher nur aufzuheben, wenn die Voraussetzungen des § 1666 zur Zeit nicht mehr gegeben sind. In diesem Falle hat aber auch der Elternteil einen gerechtfertigten Anspruch auf Aufhebung. Es kommt auf eine Veränderung in den besonderen Verhältnissen an, die die Anordnung veranlaßt haben; es ist daher zu prüfen, ob von dem Elternteil die Wiederholung einer Pflichtwidrigkeit auf dem speziellen Gebiete zu besorgen ist, auf dem er früher gefehlt hatte.

§ 1673. R. **05** 648 (BayObLG.). Das rechtliche Gehör ist auch dann gewährt, wenn der Beschwerdeführer in der Beschwerdeschrift das, was gegen die Entziehung der Vermögensverwaltung von ihm vorgebracht werden konnte, vorgebracht hat.

§ 1676. Die JDR. **3** zu § 1676 mitgeteilte Entscheidung des **RG.** (Strafs.) findet sich auch **RG.** (Strafs.) **37** 162 und PrVolksschulA. **4** 43 ff. u. 142 ff.

§ 1679. 1. Neumann (4) Vorbem. II vor §§ 1679, 1680. Kein Fall der Beendigung der elterlichen Gewalt ist die Entziehung der einzelnen Bestandteile derselben.

2. Abs. 2. a) Josef, ZBlFG. 5 821. Die Erklärung des Vaters gemäß § 1679 Abs. 2 bedarf (abgesehen von dem Falle des § 11 FGG.) als einen gewollten Rechtserwerb bezweckende, also rechtsgeschäftliche Erklärung der Unterzeichnung; eine unterschriftslose Erklärung des Vaters beseitigt nicht die Vertretungsmacht des Vormundes. — b) *Rothe, Die e. G. der Mutter nach dem BGB. 30. Gibt der Vater diese Erklärung nicht ab, so wird die Ausübung der e. G. durch die Mutter nicht berührt durch die Tatsache, daß der Vater noch am Leben ist. Eine Vormundschaft wird in diesem Falle also nicht bestellt.

§ 1680. Neumann (4) Note 6 zu § 1680. Fortfall der Verwirkung nach rückwärts bei Aufhebung des Urteils im Wiederaufnahmeverfahren (s. JDR. 1 zu § 1680 Ziff. 3).

2. Elterliche Gewalt der Mutter.

Zu §§ 1684ff. *Rothe, Die e. G. der Mutter nach dem BGB. 10ff. Das Gesetz verbindet die Inhaberschaft der e. G. nur mit der Gesamtheit der bezüglichen Rechte und Pflichten, nicht aber mit dem der Mutter außerhalb der Fälle des § 1684 zustehenden mehr oder minder beschränkten Rechtskreise. Wenn einige Schriftsteller mehrere Formen der e. G. der Mutter unterscheiden, wie Planck und Dernburg — s. JDR. 2 zu § 1685 — („Hauptgewalt" und „Nebengewalt") es tun, so übersehen sie, daß die e. G. im Sinne des Gesetzbuchs ein unveränderlicher Begriff mit einem ganz bestimmten Inhalt ist. — Zweckmäßiger und logischer wäre freilich eine der Auffassung des Gesetzbuchs entgegengesetzte Konstruktion, welche dahin gehen würde: Beide Eltern haben die e. G. der Zuständigkeit nach; während jedoch der Vater seine Gewalt in vollem Umfange auszuüben berechtigt ist, steht der Mutter bei Lebzeiten des Vaters eine volle Ausübung ihrer Gewalt grundsätzlich nicht zu, wohl aber eine teilweise; nach dem Tode des Vaters übt sie ihre Gewalt in vollem Umfange aus.

§ 1684. a) Die JDR. 3 zu § 1684 mitgeteilte Abhandlung Ritters, DJZ. 04 1171, findet sich auch RheinARV. 22 136 ff. — b) Braßloff, GrünhutsZ. 32 137 ff., hält die nach der Todeserklärung des Ehemanns von der Ehefrau konzipierten Kinder für unehelich, da zwar die Ehe erst mit dem Abschluß einer neuen Ehe aufgelöst wird, die Tatsache der Lebensgemeinschaft, die Voraussetzung der Präsumtion der ehelichen Geburt aber mit dem Eintritte der Todesvermutung wegfällt; andererseits erachtet er die Geburt eines Kindes vor der Todeserklärung vermöge der Präsumtion der Erzeugung durch den Ehemann, bis zur Widerlegung dieser Vermutung in einem Anfechtungsprozesse, für den § 1593 nicht gilt, als Nachricht im Sinne des § 14 BGB. und demgemäß als Hindernis der Todeserklärung (s. JDR. 2 zu § 1684 Ziff. 2 u. o. zu § 18). — c) Nach RG. ZBlFG, 6 125, JW. 05 227, R. 05 399, DJZ. 05 505, RheinARV. 23 11 ist während des Bestehens der Todesvermutung anzunehmen, daß die Ehe mit dem Zeitpunkte, der in der Todeserklärung als Todestag festgestellt ist, aufgelöst, ein später empfangenes Kind also nicht während jener Ehe empfangen sei.

§ 1685. Ausübung der Gewalt. — a) Verhinderung als Voraussetzung. OLG. 10 290, HansGZ. 05 Beibl. 53 (Hamburg). Eine Übertragung des höchstpersönlichen Rechtes der elterlichen Gewalt der Ausübung nach findet, wenn sie überhaupt zulässig ist, ihre Grenze an den Interessen des Kindes, denen das Schutzrecht dienen soll; ein Widerspruch mit diesen Interessen liegt aber vor, wenn die Tochter dem natürlichen Schutze der leiblichen unbescholtenen Mutter entzogen und mit ihrem Schutz- und Fürsorgebedürfnisse ganz oder teilweise dem Willen eines fremden Bevollmächtigten des im Auslande weilenden Vaters überantwortet würde. Der Vater ist daher durch seine Abwesenheit außer Landes an der die Möglichkeit unausgesetzter Fürsorge erfordern-

den Ausübung der elterlichen Gewalt in ihrer Totalität tatsächlich behindert. Deshalb geht die Ausübung nach § 1685 auf die Mutter über, die deshalb anstatt des Vaters, daher unter Umständen sogar im Widerspruche mit dessen Wünschen, die persönlichen Angelegenheiten (Aufenthalt, Schulbesuch) zu regeln hat. § 1634 Satz 2 findet in solchen Fällen keine Anwendung. Eine Kontrolle des Vaters über die Rechtsausübung der Mutter ist im Gesetze nirgends begründet. — **b)** Irrige Annahme der Verhinderung. *Rothe 22 f. Nimmt die Mutter in der irrigen Annahme einer Verhinderung des Vaters ein Rechtsgeschäft vor, so ist dieses nicht nur dann unwirksam, wenn der Vater in derselben Angelegenheit tatsächlich ebenfalls gehandelt hat, sondern auch schon dann, wenn er in dieser Angelegenheit hätte handeln können (s. JDR. **1** zu § 1685 Ziff. 6). — **c)** Nur während der Dauer der Ehe. KGJ. **30** A 49, RheinANB. **23** 164 (KG.). Das Ruhen der Gewalt des Vaters hat die Befugnis der Mutter zu ihrer Ausübung nur während der Dauer der Ehe zur gesetzlichen, von selbst eintretenden Folge, mit der Auflösung der Ehe verliert die Mutter diese Befugnis; bis zur Übertragung der Ausübung durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts oder Vormundsbestellung ist dann das Kind ohne gesetzliche Vertretung.

§ 1687. *Rothe 34. Ist die vom Vater benannte Person gestorben oder lehnt sie das Amt zulässigerweise ab oder ist sie zur Bekleidung des Amtes unfähig, so ist nicht ohne weiteres eine andere Person als Beistand zu bestellen; es ist vielmehr aus den besonderen Umständen des Falles festzustellen, ob sich die Intention des Vaters nur auf die bestimmte benannte Person oder aber auf eine Beistandschaft überhaupt erstreckt hat. — Ebenso Neumann (4) Note I 1 c (s. JDR. **1** zu § 1687 Ziff. 1 a).

§ 1688. ZBlFG. **6** 417 (Dresden). Da der Wirkungskreis des Beistandes regelmäßig sämtliche persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten umfaßt, so ist im Falle des § 1687³ auch zu prüfen, ob eine solche Bestellung für alle Angelegenheiten nötig oder nur für einzelne Angelegenheiten gerechtfertigt ist, insbesondere ob die Vermögensverwaltung überhaupt oder nur betreffs einzelner Stücke schwierig erscheint; ist diese Frage nicht geprüft, so ist § 1688 durch Nichtanwendung verletzt.

§ 1690. **a)** ZBlFG. **5** 713 (Dresden). Gesetzliche Vertreterin bleibt die Mutter, beschränkt nur durch den Beistand, dessen Genehmigung sie in bestimmten Fällen bedarf. Der Beistand bedarf aber nicht noch seinerseits zu dieser Zustimmungserklärung der obervormundschaftlichen Genehmigung, auch nicht in den Fällen, in denen ein Vormund, aber nicht der Vater der Genehmigung bedarf. — **b)** Neumann (4) zu § 1690 II 3 und Planck zu § 1690 Ziff. 5. Eine allgemeine Ermächtigung der verbeistandeten Mutter zu den Rechtsgeschäften des § 1812 ist nicht vorgesehen; geeignetenfalls sind diese Rechtsgeschäfte von dem Wirkungskreise des Beistandes auszuschließen (§ 1688). ➳ Letzteres ist jedoch nur möglich, soweit väterliche Anordnung nicht entgegensteht (§ 1688 Abs. 3). Red. ⇠

§ 1692. Neumann (4) Note 1 zu § 1692 und Meisner Note zu § 1692. Zuziehung des Beistandes nur, wenn und soweit sein Wirkungskreis sich auf die Vermögensverwaltung erstreckt (s. JDR. **3** zu § 1692).

§ 1694. 1. Neumann (4) zu § 1694 Note 7. Die Vorschriften des § 1852 kommen, soweit nicht die Beschränkung des Wirkungskreises ausreicht, zur entsprechenden Anwendung.

2. *J. U. Schröder, ACivPrax. **97** 375. Der Beistand der Mutter dürfte im Gegensatze zu der Ansicht des RG. (s. JDR. **2** zu § 1694 Ziff. 3) sich aus § 266 StGB. strafbar machen können. JDR. **3** zu § 1694 Ziff. 2.

3. **a)** *Meisner Note zu § 1694. Ruht die elterliche Gewalt der Mutter, so endigt das im Verhältnisse zu dieser Gewalt nur akzessorische Amt des der Mutter auf ihren Antrag (§ 1693) bestellten Beistandes und es ist für das Kind ein Vormund zu ernennen (§§ 1773, 1698). — **b)** Neumann (4) Note 6 b zu § 1694. Das Amt des mit der Vermögensverwaltung betrauten Beistandes endigt mit dem Aufhören der Vermögensverwaltung der Mutter (§§ 1647, 1666 Abs. 2, 1670). S. JDR. **1** zu § 1693 Nr. 4a.

§ 1695. **a)** Neumann (4) zu § 1695 I 1. Die vom Vater angeordnete Beistandschaft soll anscheinend nicht aufgehoben werden können; dann würde gesetzwidrige Aufhebung die Beschränkung der Vertretungsmacht der Mutter nicht beseitigen. — **b)** LG. München, SeuffBl. **05** 130. § 1695 Abs 2 Satz 1 ist lediglich eine Ordnungsvorschrift, die nicht weiter in Betracht kommt, wenn Interessengefährdung die Entlassung des Beistandes rechtfertigt (§§ 1694 Abs. 1, 1792 Abs. 4, 1886). ➺ Hier wird der Unterschied zwischen Aufhebung der Beistandschaft und Entlassung des Beistandes nicht beachtet. Red. ⇠

§ 1697. 1. KGJ. **29** A 31, ZBlFG. **6** 57, R. **05** 290 (KG.). Die Mutter verliert mit der Eingehung einer zweiten Ehe die elterliche Gewalt endgültig: „Verlieren" nicht gleich Ruhen, sondern gleich „Endigung"; der Fortfall des Grundes der Endigung, Auflösung der zweiten Ehe, hat, wie im Falle der §§ 1647, 1679, kein Wiederaufleben zur Folge. Aus dem Zwecke des Gesetzes läßt sich keine in demselben nicht zum Ausdrucke gebrachte Einschränkung hineintragen (s. JDR. **1** zu § 1697 Ziff. 6 und **2** zu § 1697).

2. *Lutz, BadRpr. **05** 233 f. § 1697 Satz 1 trifft auch dann zu, wenn eine geschiedene Frau zu Lebzeiten ihres ersten Mannes sich wieder verheiratet und letzterer vor ihr stirbt. Insbesondere aber gilt die Bestimmung auch für eine zweite, vor dem 1. 1. 00 geschlossene Ehe der Mutter; auf **RG.** (Straff.) **34** 317, JW. **01** 537, kann eine gegenteilige Entscheidung nicht gestützt werden (s. JDR. **1** zu § 1697 Ziff. 5).

Fünfter Titel. Rechtliche Stellung der Kinder aus nichtigen Ehen.

§ 1699. SeuffBl. **05** 72 (BayObLG.). Wenn ein Kind von einer Frau geboren wird, während sie in einer Ehe lebt, die wegen des Bestandes einer früheren Ehe nichtig, aber wegen des guten Glaubens des zweiten Ehemanns als Putativehe anzusehen ist, so spricht die gesetzliche Vermutung nicht dafür, daß der Mann aus der früheren Ehe der Vater des Kindes sei.

§§ 1701, 1702. *Meisner, Familienrecht 265 f. Die Frage, ob die elterliche Gewalt über die Kinder aus der für nichtig erklärten Ehe dem Vater oder der Mutter mit Rücksicht auf die Schlechtgläubigkeit des anderen Ehegatten zusteht, ist in dem in §§ 640 ff. ZPO. geregelten Prozeßverfahren zwischen den Eltern und dem Kinde über das Bestehen oder Nichtbestehen der elterlichen Gewalt zur Entscheidung zu bringen, und dies Urteil wirkt, wenn es bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, gemäß § 643 a. a. O. (in der Regel) „für und gegen alle". Es ist hierauf nicht, — wie Dernburg, Familienrecht 276 ff. meint, — die Feststellungsklage bezüglich der Schlechtgläubigkeit des Vaters „von der Mutter, welche die Gewalt in Anspruch nimmt, etwa auch von dem Kinde durch einen Pfleger zu erheben". Es können aber, wenn es nicht zu einem Prozesse zwischen Eltern und Kindern gemäß §§ 640 ff. gekommen ist, Dritte, die ein rechtliches Interesse daran haben, durch eine Feststellungsklage (§§ 256, 280 ZPO.) eine richterliche Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der elterlichen Gewalt, also insbesondere darüber, wer zur Vertretung des Kindes gesetzlich befugt ist, herbeiführen.

Sechster Titel. Rechtliche Stellung der unehelichen Kinder.

Vorbemerkung: Die in diesem Titel behandelten Fragen sind Gegenstand mehrfacher Erörterung gewesen. Zusammenfassend behandelt Pötzsch die Stellung der unehelichen Kinder. Eingehende Untersuchungen zu § 1706 sind von Örtel angestellt. Auch Feders Schrift über das Verwandtschaftsrecht ist zu erwähnen. Über den Rechtsbegriff „unehelicher Vater" handelt Wörner. Eine Reihe von Schriftstellern behandelt Einzelfragen, z. B. Henle, Levinger, Rubb.

Literatur: Feder, Das Verwandschaftsrecht einschließlich des Rechtes der unehelichen Kinder. Berlin 1905. — Hettmann, Zu §§ 1705, 1707, 1631, 1793 BGB., R. **05** 41. — Hilse, Anspruch der unehelichen Mutter, SeuffBl. **05** 347. — Levinger, Zu § 1710 BGB., BayRpflZ. **05** 300. — Meisner, Familienrecht. Breslau 1905. — Örtel, Die Namenserteilung nach § 1706 BGB., FischersZ. **29** 223. — Pötzsch, Die rechtliche Stellung der unehelichen Kinder nach BGB. Leipzig 1905. — Rubb, BayRpflZ. **05** 201. — Türcke, Vertrag über Alimentierung des unehelichen Kindes, DJZ. **05** 451. — Wörner, Der Rechtsbegriff unehelicher Vater, SächsA. **15** 52.

Zu §§ 1705 ff. *Pötzsch. a) Das BGB. hat fast alle Unbilligkeiten und Härten, welche die Unehelichkeit nach den bis 1900 geltenden Rechten für das Kind mit sich brachte, beseitigt. Man kann sagen, daß es dem Gesetzgeber des BGB. gut gelungen ist, dem unehelichen Kinde zwischen den zwei Grenzlinien, welche durch die hohe Bedeutung der Ehe einerseits und die gerechte Fürsorge für das Kind andererseits gegeben sind, die ihm gebührende Rechtsstellung zuzuweisen. Vorgeschlagen wird nur noch, dem unehelichen Kinde weiblichen Geschlechts dem Grundgedanken des Gesetzgebers, daß das erwerbsfähig gewordene uneheliche Kind seinen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater verliert, entsprechend und im Hinblick auf die Tatsache, daß selbst in den niederen Volksklassen das Weib mit vollendetem 16. Lebensjahre noch nicht imstande ist, sich selbst zu unterhalten, einen etwa zwei Jahre länger dauernden — also bis zum vollendeten 18. Lebensjahre reichenden — Alimentationsanspruch zu geben. — Die Einteilung der unehelichen Kinder läßt sich in 4 Gruppen vornehmen, je nachdem, welche von den für die „Ehelichkeit" im § 1591 BGB. aufgestellten Voraussetzungen fehlen. In der rechtlichen Behandlung der Arten der unehelichen Kinder macht das BGB. keinen Unterschied, nur für die blutschänderischen Kinder ergeben sich von selbst Nachteile aus §§ 1310 und 1732 BGB. — b) Der Mutter gegenüber ist die Stellung des unehelichen Kindes eine juristisch eigenartige. Dadurch, daß das Gesetz der unehelichen Mutter im Prinzip das Recht der elterlichen Gewalt versagt, ihr aber die Fürsorge für das Kind in tatsächlicher Hinsicht läßt, ergibt sich eine Verteilung der aus der elterlichen Gewalt resultierenden Teilrechte auf Vormund und Mutter. Wie letztere, im Gegensatze zu der Mutter des ehelichen Kindes, nur einen Rest des Rechtes der elterlichen Gewalt hat, so hat andererseits notwendigerweise auch der Vormund des unehelichen Kindes im Vergleich zum gewöhnlichen Vormund eine beschränkte Stellung. Während das eheliche Kind unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, finden wir beim unehelichen Kinde, genau genommen, beides: Elterliche Gewalt, wenn auch nur noch in Gestalt eines Restes, und Vormundschaft! Die Inhaber dieser Gewalten, Mutter und Vormund — müssen sich notwendig gegenseitig beschränken und ergänzen, da doch die Vormundschaft einen Ersatz der elterlichen Gewalt bedeutet. — c) Ganz anderer Natur wie das Rechtsverhältnis des unehelichen Kindes zu der Mutter ist das zu seinem „Vater" In den Rechtsbeziehungen zwischen Kind und letzterem liegt das Charakteristische für die Stellung des unehelichen Kindes! Trotz vorhandener Blutsbande besteht hier rechtlich keine Verwandtschaft, diese wird vom Gesetze „hinwegfingiert". Doch kann das Gesetz der Blutsverwandtschaft nicht alle rechtlichen Folgen absprechen und läßt daher außer den Bestimmungen der

§§ 1310, 1719 und 1723 zwei Verpflichtungen für den Vater bestehen, die Unterhaltspflicht und die etwaige Beerdigungskostenpflicht. Nur im Sinne dieser Bestimmungen hat das uneheliche Kind einen Vater, im übrigen ist es vaterlos. Es besteht nur eine relative Vaterschaft. — Rechte gegenüber dem Kinde hat der uneheliche Vater nicht. — Wie die exceptio plurium entstanden ist, ist gleich. Sie greift auch durch, wenn sich die Konkumbenten die Einrede durch eigne Bemühungen oder Versprechungen „verschafft“ haben. Eine replicatio doli der Einrede entgegenzusetzen, wie Scherer will, ist juristisch ohne Erfolg. — Die Anerkennung des § 1718 ist lediglich Verzicht auf die exceptio plurium, keinesfalls Tatsachengeständnis, wie einige lehren. — Der sog. außerordentliche Unterhaltsanspruch des § 1708 Abs. 2 greift nur Platz, wenn das Gebrechen im Momente, wo das Kind das 16. Lebensjahr vollendet, schon vorhanden war. Von einem Wiederaufleben der Unterhaltsverpflichtung in späterer Zeit kann daher nicht die Rede sein. (AM. Dernburg.) Der rechtlichen Natur nach ist der Unterhaltsanspruch ein familienrechtlicher. Das BGB. nimmt aber aus Billigkeitsgründen nicht immer auf diesen rechtlichen Charakter Rücksicht. So läßt es die Abfindungsverträge im § 1714 zu und macht — aus praktischen Gründen — im § 1712 den Alimentationsanspruch passiv vererblich. Aktiv ist er unvererblich. Die etwaigen Unbilligkeiten der passiven Vererblichkeit werden durch § 1712 Abs. 2 (gesetzlichen Abfindungsanspruch der Erben des Verpflichteten) beseitigt. — Die Beerdigungskostenpflicht ist sekundärer Art. Sie tritt nur ein, wenn noch Alimentationspflicht besteht und auch dann nur, wenn und soweit die Bezahlung der Beerdigungskosten von den Erben des Kindes nicht zu erlangen ist. — d) Der Mutter des unehelichen Kindes gewährt das Gesetz dem Vater gegenüber aus Zweckmäßigkeitsgründen die Ersatzansprüche des § 1715. Deflorationsanspruch kennt das BGB. nicht. Zu den „weiteren Aufwendungen“ im Sinne des § 1715 gehören stets die Schwangerschaftskosten, da das Gesetz für die Zeit der Schwangerschaft im Prinzipe keinen Anspruch gewährt. — Bei Fehlgeburten versagt der Anspruch aus § 1715 (aM. Opet und Eck). Praktisch wichtig ist die im Abs. 1 Satz 2 zugunsten der Mutter aufgestellte Beweispräsumtion betr. die „gewöhnlichen Kosten“. Selbst wenn die Mutter unentgeltlich entbunden und verpflegt wird, kann sie dieselben vom Vater des Kindes fordern. Abs. 1 Satz 2 enthält eine praesumtio juris et de jure für die Höhe des „gewöhnlichen Betrages“.

§ 1706. 1. *Oertel. Die maßgebende Erklärung des Ehemanns der Kindesmutter hat namensändernde Wirkung nur, wenn sie nach der Eheschließung abgegeben worden ist, obgleich die vor der Eheschließung liegende Zusage des späteren Ehemanns der Kindesmutter, daß er ihrem Vorkinde seinen Namen erteile, nicht ohne rechtliche Bedeutung ist. — § 1706 Abs. 2 Satz 2 findet Anwendung, ohne Unterschied, ob der Ehemann Deutscher oder Ausländer und ob das Kind, welches den Namen erhalten soll, in Deutschland oder im Auslande staatsangehörig ist. — Die Ausübung des im § 1706 Abs. 2 Satz 2 dem Ehemanne der Kindesmutter zugesprochenen Rechtes ist nur dann und so lange für zuläſsig zu erachten, als das Kind gemäß § 1706 Abs. 1 den Familiennamen seiner Mutter als eigenen Familiennamen führt. — Ist der Ehemann der Kindesmutter zugleich Vormund des Kindes, welches seinen Namen erhalten soll, so ist behufs Abgabe der Einwilligung dem Kinde ein Pfleger zu bestellen, und das gleiche gilt, wenn der Kindesmutter selbst die Vormundschaft übertragen worden ist. — Die erforderlichen Einwilligungserklärungen der Kindesmutter und des Kindes bez. des gesetzlichen Vertreters müssen entweder bereits vor Abgabe der namenserteilenden Erklärung des Ehemanns vorliegen oder spätestens gleichzeitig mit ihr bei der zur Entgegennahme zuständigen Behörde eingehen. Die

Namenserteilung kann nach dem Ableben der Kindesmutter nicht mehr erfolgen. — Die Namenserteilung ist unwiderruflich und zwar auch dann, wenn die Beteiligten sämtlich mit der Wiederaufhebung der erfolgten Namenserteilung einverstanden sind.

2. BayObLG., SeuffBl. **05** 644, RJA. **6** 90, R. **05** 433. Zur Abgabe der nach § 1706 Abs. 2 Satz 2 erforderlichen Einwilligungserklärung bedarf es nicht der Aufstellung eines Pflegers für das uneheliche Kind.

§ 1707. 1. Hettmann. Ist für das uneheliche Kind ein anderer als die Mutter zum Vormunde bestellt, so steht der Mutter die Sorge für die Person des Kindes in betreff Erziehung, Beaufsichtigung, Anwendung von Zuchtmitteln und Bestimmung des Aufenthalts zu, während dem Vormunde die rechtliche Fürsorge (Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, zum Eintritt in einen Dienst oder eine Arbeit, die Vertretung beim Abschlusse von Lehrverträgen) obliegt.

2. LG. Mannheim, BadRpr. **05** 124. Die uneheliche Mutter eines Kindes, für welches eine dritte Person als Vormund bestellt ist, ist berechtigt, die Herausgabe des Kindes von einer anderen Person, welche das Kind in Pflege hat, ohne Mitwirkung des Vormundes zu verlangen.

3. SeuffA. **60** 110, MecklZ. **23** 11 (Rostock), läßt die Frage dahingestellt, ob der Vormund eines unehelichen Kindes ohne weiteres berechtigt sei, die Sorge für die Person des Kindes wahrzunehmen oder ob der Vormund, da er in Ansehung der Sorge für die Person des Kindes nur die Stellung eines Beistandes habe, im Falle der Verhinderung der Mutter gemäß § 1689 dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen habe und die Klage auf Herausgabe des Kindes nur von einem nach § 1665 vom Vormundschaftsgerichte zur Wahrnehmung der Sorge für die Person des Kindes zu bestellenden Pfleger erhoben werden könne.

§ 1708. 1. Türcke. Der Vertrag über Alimentenzahlungen bedarf der vormundschaftlichen Genehmigung. Gibt der Vater in Abwesenheit des Vormundes vor dem Vormundschaftsgericht eine bestimmte Verpflichtungserklärung ab, so ist es verfehlt, wie viele Gerichte tun, dem Vormund eine Ausfertigung der genehmigten Verhandlung zuzustellen. Das Gericht muß dem Vormund eine Offerte des Vaters mit der Aufforderung zugehen lassen, von der Annahme der Offerte sofort dem Gerichte Mitteilung zu machen. Nach Eingang dieser hat das Gericht dem Vormunde Genehmigung und Ausfertigung der Verhandlung zuzustellen. Damit wird der Vertrag perfekt und vollstreckbar.

2. SeuffA. **60** 453 (Cassel). Das Vormundschaftsgericht kann nicht durch Zeugenvernehmungen Ermittelungen über die Grundlagen von Ansprüchen des Bevormundeten veranlassen. Es kann insbesondere nicht den unehelichen Vater ermitteln. Diese Ermittelung hat im Wege des Zivilprozesses zu geschehen.

3. LG. Greifswald, HansGZ. **05** Beibl. 79. Fall aus dem vor dem 1. 1. 00 geltenden Hamburgischen Rechte.

4. Saage, DJZ. **05** 356, macht Vorschläge, die Lage der unehelichen Kinder zu verbessern.

§ 1710. 1. Rubb, BayRpflZ. **05** 201 f. § 1710 schließt nicht aus, daß in einem Rechtsstreite über Gewährung des Unterhalts, der Beklagte zur Zahlung einer bestimmten jährlichen Unterhaltsrente für die gesetzliche Unterhaltsdauer verurteilt und seine Verpflichtung zur Tragung der während dieser Zeit etwa erwachsenden Krankheitskosten ausgesprochen wird.

2. Levinger, BayRpflZ. **05** 300 f. Der uneheliche Vater kann zu einer anderen Art der Unterhaltsgewährung als durch Entrichtung einer Geldrente nicht verurteilt werden. — Die regelmäßige Rente ist so hoch zu bemessen, daß der

Vormund von ihr einen kleinen Teil für Krankheitsfälle und andere unvorhergesehene Kosten zurücklegen kann.

§ 1711. *Feder, Verwandtschaftsrecht 79. Wird Unterhalt für die Vergangenheit verlangt, so ist für die einzelnen Zeitabschnitte festzustellen, welche Lebensstellung die Mutter eingenommen hat.

§ 1712. *Hahn, Das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils nach dem BGB. usw. (Berlin, Vahlen, 1903) 53, 54. Unter Pflichtteil ist nicht bloß der sog. ordentliche, der Nachlaßpflichtteil, sondern auch das Ergänzungsrecht, der Schenkungspflichtteil mitzuverstehen.

§ 1715. 1. *Meisner 274. Die Ersatzpflicht des unehelichen Vaters betreffs der im § 1715 Abs. 1 gedachten „infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung" notwendig gewordenen „weiteren Aufwendungen" erstreckt sich nur auf die durch die Schwangerschaft oder das Wochenbett herbeigeführten Kosten, nicht aber auf Aufwendungen der Mutter zur Erlangung einer neuen Stellung, Ersatz für entgangenen Verdienst usw.

2. *Hilse erachtet infolge der auf dem Beschäftigungsverhältnisse beruhenden Zugehörigkeit einer gewerblichen Arbeiterin zu der örtlich und beruflich zuständigen Krankenkasse und des durch § 20 KrankVG. begründeten Anspruchs auf Wöchnerinnenunterstützung den Erlaß der einstweiligen Verfügung an den außerehelichen Vater zur Zahlung des gewöhnlichen Betrags der zu ersetzenden Kosten an die außereheliche Mutter deshalb für bedenklich, weil gemäß § 57 KrankVG. solche auf die Krankenkasse übertragen werden.

3. OLG. **10** 274 (KG.). Die geschwängerte Braut kann bei Verlöbnisbruch wegen Ausfalls ihres Arbeitsverdienstes und wegen Aufwendungen größerer Beträge, welche Krankheit und ärztliche Behandlung nötig machen, Entschädigung nach § 1715 verlangen und zwar jedenfalls bis zu dem für ihren Unterhalt in dieser Zeit erforderlich gewesenen Betrage (vgl. o. § 1298 Ziff. 1c).

§ 1717. *Wörner. Vater des unehelichen Kindes ist derjenige, der das uneheliche Kind tatsächlich erzeugt hat, auch wenn die zur Zeugung führende Beiwohnung außerhalb der sogenannten Empfängniszeit erfolgt ist. Ist die Beiwohnung außerhalb der Empfängniszeit erfolgt, gelingt aber der Beweis, daß das Kind aus dieser Beiwohnung stammt, so richten sich gegen solchen Erzeuger die Unterhalts- und Ersatzansprüche der §§ 1708 ff. ebenso wie gegen einen Erzeuger, der innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat.

§ 1718. *Feder 72. Die Anerkennung der Vaterschaft kann wegen Irrtums angefochten werden. Die irrtümliche Überzeugung des Anerkennenden, die Mutter habe während der Empfängniszeit nur mit ihm allein geschlechtlich verkehrt, ist jedoch nur ein unerheblicher Irrtum im Motive (vgl. auch IDR. 3 § 123 Ziff. Ie).

§ 1719. *Feder 30 f. Eine Legitimation durch nachfolgende Ehe ist nur so lange möglich, als weder eine eheliche noch eine uneheliche Vaterschaft festgestellt ist.

§ 1720. 1. FrankfRundsch. **38** 247 (KG.). Die elterliche Gewalt erlischt nicht durch die Angabe beider Eltern, daß das unehelich geborene, bei der Eheschließung anerkannte Kind nicht von dem Ehemanne erzeugt sei, sondern nur durch den Nachweis, daß während der Empfängniszeit ein geschlechtlicher Verkehr zwischen dem Ehemanne der Mündelmutter und dieser nicht stattgefunden hat.

2. MecklZ. **23** 15 (Rostock). Durch Eintragung des Randvermerks über die vor dem Standesamt abgegebene Erklärung der Anerkennung eines unehelichen Kindes in das Geburtsregister wird eine öffentliche Anerkennungsurkunde i. S. von § 1720 Abs. 2 geschaffen.

Siebenter Titel. Legitimation unehelicher Kinder.

II. Ehelichkeitserklärung.

§ 1737. R. **05** 530 (BayObLG.). Eingekindschaftete Kinder treten gegenüber ihrem Stiefvater oder ihrer Stiefmutter in das Verhältnis leiblicher Kinder und sind bezüglich der Erbfolge in das Vermögen beider Ehegatten der neuen Ehe den aus dieser hervorgegangenen Kindern gleichgestellt. Dagegen wird durch die Einkindschaftung ein Erbrecht der eingekindschafteten Kinder gegenüber den Verwandten des Stiefvaters oder der Stiefmutter nicht begründet.

Achter Titel. Annahme an Kindes Statt.

§ 1741. 1. *Feder 41. Die Adoption ist auch dann unzulässig, wenn der eheliche Abkömmling des Annehmenden von einem Dritten adoptiert ist.

2. SeuffA. **60** 129 ff. (Hamburg). Simulation eines Adoptionsvertrags s. schon JDR. **2** § 1741 Ziff. 3.

§ 1754. *Feder 45. Die Bestätigung des Adoptionsvertrags hat nicht die Bedeutung eines rechtskräftigen Urteils, das zwischen den Parteien endgültig Recht schafft. Vielmehr ist sie ein rechtspolizeilicher Akt, dessen Bedeutung davon abhängt, ob die von ihm angenommenen Voraussetzungen tatsächlich gegeben sind. Auch dem gerichtlich bestätigten Adoptionsvertrage kann deshalb durch Enthüllung seiner Nichtigkeit oder erfolgreiche Anfechtung die Wirksamkeit entzogen werden.

Dritter Abschnitt. Vormundschaft.

Erster Titel. Vormundschaft über Minderjährige.

I. Anordnung der Vormundschaft.

Literatur: Carlebach, Selbstfürsorge für den Fall geistiger Umnachtung, DNotV. **05** 459. — Goldberg, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Göttingen 1905. — Josef, Kleinere Streitfragen, DNotV. **05** 337 ff. — Unger, Rechtsmittel i. d. freiw. Gerichtsbarkeit, BuschsZ. **34** 267, 295, 327, 329.

§ 1773. 1. **a)** *Goldberg 9 ff. Das Vormundschaftsrecht ist ein System eigenartiger, die Erfüllung einer Staatsaufgabe bezweckender Normen verwaltungsrechtlicher Natur; die allgemeinen Kategorien des Privatrechts sind daher für seine Konstruktion nur insoweit zu verwenden, als dies ausdrücklich angeordnet ist. — **b)** BöhmsZ. **15** 333 (KG.). Das Vormundschaftsrecht ist jus cogens.

2. Josef, DNotV. **05** 337 ff., bespricht die JDR. **3** zu § 1773 Nr. 2 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. und gelangt zu dem abweichenden Ergebnisse: Nach dem Tode des Ehemanns kann die Unehelichkeit des Kindes nur in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis geltend gemacht werden; das Kind behält aber die allgemeine Rechtsstellung eines ehelichen Kindes, steht also unter elterlicher Gewalt der Mutter, die zur Vertretung berechtigt ist, soweit nicht einer der Ausnahmefälle des § 1795 verb. m. §§ 1630, 1686 vorliegt. Ein solcher Ausnahmefall liegt aber nicht vor, wenn das Kind gegen den außerehelichen Vater Unterhaltsansprüche geltend machen will, da hier kein Interessenwiderstreit zwischen Kind und Mutter besteht, und der Umstand, daß die Mutter einen Anspruch erhebt, der mit ihrer Eigenschaft als Vertreterin unvereinbar ist, schließt die Vertretungsbefugnis nicht aus. (AA. Breit, JDR. **1** zu § 1684 Ziff. 3b.) Das Vormundschaftsgericht kann deshalb weder Vormundschaft noch Pflegschaft anordnen und deshalb auch keine Ermittelungen über die Ehelichkeit nach § 12 FGG. anstellen. Vgl. auch KG., FrankfRundsch. **38** 247 ff., R. **05** 343.

§ 1774. 1. Anordnung. Unger, BuschsZ. **34** 267, unterscheidet unter den Maßnahmen zwecks umfassender, lauterer und zweckmäßiger Wahrnehmung der Interessen der nicht voll geschäftsfähigen oder sonst schutzbedürftigen Personen

oder Vermögensinbegriffe „die allgemeine Anordnung, daß eine Vertretung als nötig zu bestellen oder als nicht mehr nötig aufzuheben sei", z. B. §§ 1774, 1884, von der „Bestellung bestimmter Personen, der Festsetzung ihrer Wirkungskreise, und ihrer Abberufung", z. B. §§ 1789, 1886 ff. S. auch 281 Note 109, wo noch ausgeführt wird, daß die Beaufsichtigung einer Vormundschaft nicht eine einzige Angelegenheit, sondern nur die fortlaufende Quelle verschiedener selbständiger Angelegenheiten und Verfahren bildet, jeder einzelne Eingriff des Gerichts eine besondere Angelegenheit, die Veranlassung eines besonderen Verfahrens ist. Vgl. auch BayObLG., SeuffBl. **05** 780 (Anordnung der Vormundschaft im Gegensatze zur Vormundsbestellung als Voraussetzung der Abgabe an ein anderes Gericht).

2. Nichtigkeit der Anordnung. Unger, BuschsZ. **34** 329, über Nichtigkeit gerichtlicher Verfügungen beim Fehlen wesentlicher Voraussetzungen s. JDR. **1** u. **2** zu § 1774 Ziff. 1 u. **3** zu § 1774 Ziff. 2.

3. Bedeutung der örtlichen Zuständigkeit. ZBlFG. **6** 431 ff., KGJ. **30** A 4 ff., R. **05** 657, PosMSchr. **05** 131 ff. (KG.). Die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind nur Ordnungsvorschriften, ihre Nichtbeachtung zieht nicht Nichtigkeit der Handlungen des örtlich unzuständigen Richters nach sich. Es kann zwar auch die Verletzung von Ordnungsvorschriften von den Beteiligten im Beschwerdewege gerügt werden. ➵ Vgl. OLG. Colmar, R. **05** 479, ElsLothZ. **30** 417, ElsLothNotZ. **25** 161, KGJ. **30** A 289. Red. ⇜ In Vormundschaftssachen muß es aber als dem Sinne des Gesetzes und dem Interesse des Mündels zuwiderlaufend und deshalb als ausgeschlossen erachtet werden, daß infolge einer Beschwerde alle von dem unzuständigen Gerichte vorgenommenen, sachlich einwandsfreien Handlungen aufgehoben werden könnten. Es kann deshalb mit der Rüge der örtlichen Unzuständigkeit nicht Aufhebung des ganzen bisherigen Verfahrens oder der Vormundschaft als solcher, sondern nur Abgabe der letzteren an das zuständige Gericht zur ununterbrochenen Weiterführung erreicht werden.

4. Anzeigepflicht. Marcus, DJZ. **05** 805. Die Anzeigepflicht über eine infolge eines gerichtlichen Verfahrens (z. B. Verurteilung des Vaters zu Zuchthaus) eintretende Notwendigkeit einer Bevormundung (Pflegschaft) liegt in Preußen nicht mehr der Staatsanwaltschaft ob, da § 16 Abs. 3 PrVO. nicht mehr gilt (Art. 89[30] PrAGBGB.); sie liegt jetzt allein dem Gericht ob (§ 50 FGG.); empfehlenswert wäre eine Vorschrift, daß auch von Verurteilungen der Vormünder Nachricht gegeben würde und alle Mitteilungen möglichst bald, nicht erst nach Rechtskraft zu machen wären.

§ 1776. 1. Vormundsbenennung. **a)** Carlebach, DNotV. **05** 459, spricht sich für die Anwendung der §§ 1776[1], 1777, für die Möglichkeit der Vormundsbenennung auf den Fall aus, daß die Vormundsbestellung nicht durch den Tod des Vaters, sondern durch dessen geistige Erkrankung veranlaßt ist: § 1776 ist nicht beschränkt auf den Todesfall, nach entsprechender Anwendung des § 1777 muß dem Vater die elterliche Gewalt zur Zeit der geistigen Umnachtung zustehen, und die Form der letztwilligen Verfügung (eigenhändige Niederschrift und Unterschrift mit Datum und Einreichung zu den „elterlichen Gewaltakten") gewahrt werden. § 1898 hindert aber sowohl die Möglichkeit der Vormundsbenennung für einen volljährigen geisteskranken Sohn auf den Fall der geistigen Erkrankung des Vaters als die Möglichkeit, sich selbst für den Fall geistiger Erkrankung einen Vormund zu benennen oder jemand von der Vormundschaft auszuschließen. — **b)** BayObLG. **6** 84 ff. Die Bestimmung, daß eine namentlich bezeichnete Person „Obhut und Erziehung" haben soll, ist keine Vormundsbenennung.

2. Reihenfolge. Neumann (4) vor § 1776 Ziff. 3. Die Reihenfolge der Berufung ist sowohl für die erste Einleitung der Vormundschaft als bei einem Wechsel des Vormundes maßgebend.

§ 1778. 1. SächsOLG. **26** 478. Anhörung des Berufenen, ob er sein Recht geltend mache oder verzichte, ist zulässiger Gegenstand eines Rechtshilfeersuchens (s. JDR. **1** zu § 1778 Ziff. 1).

2. Übergehung. **a)** KGJ. **29** A 7, ZBlFG. **6** 55, OLG. **10** 322, R. **05** 290 (KG.). Die Verfügung, welche den Antrag des Berufenen auf Bestellung zum Vormund aus Gründen des § 1778 zurückweist, erfüllt, auch ohne daß ein anderer Vormund bestellt ist, den Tatbestand der Übergehung im Sinne des § 60 Abs. 1 Nr. 1 FGG. und unterliegt deshalb der sofortigen Beschwerde. — **b)** Die JDR. **3** zu § 1778 Ziff. 2a mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch OLG. **10** 33. — **c)** Unger, BuschsZ. **34** 295 Note 136. Gegen die Übergehung eines Berufenen hat der an dessen Statt bestellte Vormund kein Beschwerderecht, da die gesetzliche Berufung nur zugunsten der Familie eingerichtet ist; wohl aber ist der Mündel selbst beteiligt (294 Note 132).

3. Mitvormünder. Zu der JDR. **3** zu § 1778 Ziff. 3 aE. berührten Frage s. auch Unger, BuschsZ. **34** 295 Note 136. An Abgrenzung seines Geschäftskreises ist der Bestellte nicht mehr beteiligt als an seiner Bestellung; unrichtig deshalb OLG. **2** 65 (KG.), daß an Bestellung eines zweiten Vertreters der erste, weil sein Verwaltungsrecht dadurch beschränkt werde, beteiligt sei. Ein eigenes Recht auf Beibehaltung seiner Befugnisse hat der Vertreter nicht.

§ 1779. 1. Die Auswahl und das Beschwerderecht (s. JDR. **3** zu § 1779 Ziff. 3). **a)** R. **05** 316 (KG.). Der Richter hat vor der Bestellung die Persönlichkeit nach den maßgebenden gesetzlichen Gesichtspunkten und nach Zweckmäßigkeitsgründen zu prüfen. Der nach § 57 [9] Beschwerdeberechtigte kann Beschwerde erheben, ohne daß es erst einer Gegenvorstellung bei dem Vormundschaftsrichter bedarf. — **b)** BayObLG., ZBlFG. **6** 281, KGJ. **30** A 293, R. **05** 345, erachtet eine Verfügung, die die Auswahl einer bestimmten Person zum Pfleger zwecks Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen der Kinder ablehnt, nicht für eine Entscheidung über eine Angelegenheit der Personensorge im Sinne des § 57 Abs. 1 Ziff. 9 FGG. und deshalb die Beschwerde für unzulässig, und führt aus, daß diese Ansicht mit der des KG. (s. JDR. **1** zu § 1779 Ziff. 2 b) nicht im Widerspruche stehe, da in dem jetzigen Falle ein nachteiliger Einfluß der Nichtauswahl des Beschwerdeführers als Pfleger auf das persönliche Wohl der Kinder gar nicht behauptet und deshalb für die Vorinstanzen die Erwägung der Möglichkeit eines solchen Einflusses gar nicht veranlaßt gewesen sei. — **c)** BayObLG. **6** 84 ff., SeuffBl. **05** 238. Das Beschwerdegericht, welches den von dem Vormundschaftsgericht angenommenen Fall einer Berufung nicht für gegeben erachtet, muß die Beschwerde gegen die Vormundsbestellung doch zurückweisen, wenn es den bestellten Vormund als eine geeignete Person im Sinne des § 1779 Abs. 2 ansieht. Die Erwägung, daß es nicht zweckmäßig sei, einen Vormund zu bestellen, der mit dem Mündel in vermögensrechtlichen Beziehungen steht, die alsbald Pflegerbestellung erforderlich machen, ist nicht rechtsirrig.

2. Religionsbekenntnis des Vormundes insbesondere. KGJ. **29** A 12 (KG.). Eine Verletzung des § 1779 Abs. 2 Satz 2 ist nicht in jeder Bestellung eines Vormundes mit abweichendem Bekenntnis enthalten; Gleichheit des Bekenntnisses ist nur die gesetzliche Regel, Abweichung ist gestattet aus bestimmten konkreten Gründen, wegen überwiegender sonstiger Interessen. Der Richter muß aber in eine Prüfung der Frage eintreten, ob solche besonderen Umstände, die eine Abweichung rechtfertigen, vorliegen. Ist eine solche Prüfung unterblieben und ohne weiteres, etwa wegen Unkenntnis der Religionsverschiedenheit, ein solcher

Vormund bestellt, so ist Beschwerderecht der Beteiligten (Mutter, nächste Verwandte) gegeben. Ist die fragliche Gesetzesvorschrift durch die geschehene Bestellung verletzt, so bedarf es der Nachprüfung durch das Vormundschaftsgericht gerade so wie bei Neubestellung; liegen keine zureichenden Gründe für die Abweichung vor, so ist der Vormund zu entlassen (s. JDR. **1** zu § 1789 Ziff. 4).

§ 1780. Unger, BuschsZ. **34** 327 Note 209. Die im § 1780 bestimmten Voraussetzungen sind wesentliche: Mangel hat Nichtigkeit zur Folge (s. JDR. **1** u. **2** zu § 1780).

§ 1786. BayObLG. **6** 168, R. **05** 195. Ein Ablehnungsgrund aus § 1786 [5] konnte ohne Rechtsirrtum verneint werden bei einer 8 km betragenden Entfernung des Wohnsitzes vom Sitze des Gerichts und einer Vormundschaft, die nur wenige Gänge zum Gerichtssitz erfordert (s. JDR. **1** zu § 1786 Ziff. 1 c).

§ 1789. 1. KGJ. **29** A 12 (KG.). Die in formgerechter Weise bewirkte Verpflichtung eines Vormundes ist nicht unwiderruflich, nur hat die Aufhebung keine rückwirkende Kraft; eine unter Verletzung des § 1779 Abs. 2 geschehene Vormundsbestellung kann von der Mutter oder den nächsten Verwandten sowie Verschwägerten des Mündels angefochten werden, diese können die Entlassung des gesetzwidrig bestellten Vormundes auch ohne die Voraussetzungen des § 1886 durch Antrag auf Beschlußfassung gemäß § 18 FGG. oder im Beschwerdewege betreiben (s. o. zu § 1779 Ziff. 2 und JDR. **1** zu § 1789 Ziff. 4).

2. BayObLG. **6** 84 ff., R. **05** 168. Die Mutter, die den Vormund bei der Sorge für die Person des Kindes nach § 1689 nicht nur zu überwachen, sondern auch zu unterstützen hat, hat ein berechtigtes Interesse an der Bestellung eines Vormundes, der zur Wahrnehmung dieser Pflichten geeignet, von dem insbesondere ein gedeihliches Zusammenwirken mit ihr zu erwarten ist; deshalb ist sie nach § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. berechtigt zur Beschwerde gegen die Bestellung eines ungeeigneten Vormundes.

§ 1791. BadJMVf. v. 15. 2. 05, BadRpr. **05** 96, empfiehlt, den Pflegern zur Besorgung einzelner Angelegenheiten *keine* Bestallungsurkunde auszuhändigen.

II. Führung der Vormundschaft.

Vorbemerkung: Die Genehmigung zu Rechtshandlungen des Vormundes hat wieder im Mittelpunkte des wissenschaftlichen Interesses gestanden, sowohl die gerichtliche Genehmigung als die des Gegenvormundes. Der allgemeine Charakter der obervormundschaftlichen Genehmigung und die bei ihrer Erteilung maßgebenden Gesichtspunkte, letztere insbesondere in bezug auf die Erbteilung, haben Erörterung gefunden. Außer der Anwendbarkeit der Vorschriften über Rechtsgeschäfte überhaupt auf die Genehmigung ist ferner namentlich die Frage behandelt worden, ob die Genehmigung wegen Irrtums oder Täuschung des Richters angefochten werden kann; in dieser Beziehung ist bemerkenswert der vom RG. ausgesprochene Satz, daß nicht als genehmigt gilt jede dem Richter unbekannt gebliebene Abrede (s. zu § 1821). Ob die Genehmigung auch stillschweigend erteilt werden kann, ist streitig; das RG. geht von der Zulässigkeit aus, betont aber, daß die schlüssigen Handlungen nur dem Vormunde gegenüber vorgenommen werden können (s. § 1828). Neben der stillschweigenden Erteilung ist auch die Frage der stillschweigenden Mitteilung der Genehmigung nach § 1829 erörtert und auch die früher bereits oft beantwortete Frage zumeist bejaht worden, ob der gemeinsame Bevollmächtigte der Beteiligten nach Empfang der Genehmigungsverfügung seinen Willen, von dieser Gebrauch zu machen, noch besonders betätigen müsse. Unter den Einzelfällen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sind hauptsächlich folgende Punkte hervorgetreten: Genehmigungsbedürftigkeit der Umwandlung einer bestehenden Hypothek in eine andere Form der Grundstücksbelastung, des Kündigungsausschlusses sowie der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung betreffs einer Hypothek, Genehmigungsbedürftigkeit der Bewilligung des Ein-

trags einer Vormerkung, Erfordernis der Genehmigung zum Beitritte zu einer Genossenschaft wegen der Rechtsfolge des Eintritts in die Schuldenhaftung, die Anwendung des § 1822[7] auf das Gesinderecht. — Neben der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist auch die des Gegenvormundes mehrfach und eingehend theoretisch behandelt worden, insbesondere die Mitwirkung bei der Quittung und Löschungsbewilligung nach der Richtung, ob diese Akte noch einer Genehmigung bedürfen, wenn die Annahme der geschuldeten Leistung bereits genehmigt war (s. § 1812). — Von den übrigen Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vormundes ist zu § 1795 die Frage erörtert und verneint worden, ob der Vormund als persönlicher Schuldner einer hypothekarisch gesicherten Mündelforderung deren Zahlung von dem Grundstückseigentümer gültig empfangen könne, da hierdurch Forderung und Hypothek auf den Eigentümer übertragen würden, und zu § 1796 der Einfluß des Interessengegensatzes auf die Vertretungsmacht besprochen worden. — Von den Kontrollmaßregeln gegenüber dem Vormund ist die Inventarerrichtung (§ 1802) genauer untersucht worden, namentlich die Bedeutung der Vorschrift, später zufallendes Vermögen zu verzeichnen, die Inventarisierung der Zu- und Abgänge, und die Aufnahme der Passiva, weiter die Ausdehnung des Sperrvermerks (§ 1809), insbesondere ob sich derselbe auf Zinsen erstreckt und wie lange bei einem Sparkassenguthaben die Zinsforderung als solche besteht, und die Beseitigung des Sperrvermerks nach beendeter Vormundschaft, endlich die Hinterlegung von Wertpapieren, die im Miteigentume des Mündels stehen, mit Bezug auf die Notwendigkeit der Zustimmung der übrigen Miteigentümer. — Die schon im vorigen Jahre eingehend behandelte Verpflichtung zur Tragung der Portokosten in vermögenslosen Vormundschaften hat auch wieder verschiedene Erörterung gefunden; außerdem die verwandte Frage der Armenrechtsbewilligung für den Rechtsstreit des Vormundes auf Herausgabe des vermögenslosen Mündels (§ 1632).

Literatur: Beck, Portobehandlung, JustdRundsch. **4** 87 ff. — Becker, Obervormundschaftl. Genehmigung zur Löschung der getilgten Mündelhypothek, BadNotZ. **05** 137 ff. — Bendix, Vormerkung des neuen Rechtes, GruchotsBeitr. **49** 288 ff., 510 ff. — Blume, Zustimmung kraft Rechtsbeteiligung und Zustimmung kraft Aufsichtsrechts, JheringsJ. **48** 417 ff. — Dennler, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Löschung von Mündelhypotheken, BayNotZ. **05** 34 ff — v. Frankenberg, Hat die Armenpflege Auslagen des Vormundes eines vermögenslosen Mündels zu tragen? DJZ. **05** 300 ff. — Frese, Aus der Praxis der Nachlaß- und Vormundschaftsgerichte, R. **05** 334 ff. — Friedländer, Die Vertretungsmacht des Inhabers der elterlichen Gewalt, DJZ. **05** 495 ff. — Fuchs, Die Tragung der Portokosten für Schreiben der Vormünder an das Vormundschaftsgericht in vermögenslosen Vormundschaften, ZBlFG. **5** 537 ff. — Ders., Nochmals die Postgebühren des Vormundes eines vermögenslosen Mündels, ZBlFG. **6** 254 ff. — Ders., Gruchots Beitr. **49** 704 ff. (Besprechung von Goldbergs Vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung). — Glatzer, Zur Frage der Mitwirkung des Gegenvormundes oder Vormundschaftsgerichts bei der Quittierung einer Mündelforderung, GruchotsBeitr. **49** 558. ff. — Ders., Fällt die Erteilung der obervormundschaftlichen Ersatzgenehmigung nach § 1812 Abs. 2 unter § 53 FGG.? R. **05** 428 ff. — Götte, Nochmals die Postgebühren und sonstigen Aufwendungen des Vormundes eines vermögenslosen Mündels, ZBlFG. **5** 859 ff. — Goldberg, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Göttingen 1905. — Josef, Nochmals die „Mitteilung" des Vormundes nach § 1829 Abs. 1 Satz 2, ZBlFG. **5** 649 ff. — Ders., Kleinere Streitfragen, DNotV. **05** 199 ff. — M. Lion, Mitvormundschaft. Berlin 1905. — Öttinger, Der Begriff Unwirksamkeit im BGB., Berlin 1905, (dazu: Kloß, ZBlFG. **6** 352 ff.). — Pitel, Aufbringung der in vermögenslosen Vormundschaften vom Vormunde gemachten Aufwendungen, ZBlFG. **5** 543 ff. — Schlesinger, Genehmigung zur Löschung einer Mündelhypothek, BadNotZ **05** 61 ff. — Schultheis, Erstreckt sich der Sperrvermerk des § 1809 BGB. auch auf die Zinsen? DJZ. **05** 448 ff. — Staudinger-Engelmann, Kommentar (2) zu §§ 1800 ff. — Stintzing, Vormerkung und öffentlicher Glaube des Grundbuchs, SächsA. **15** 1 ff. — Strübe, Beschränkung der Schlüsselgewalt, ZBlFG. **6** 168 ff. — Vierhaus, Die Auslegung des § 1809 BGB., DJZ. **05** 539 ff. — Vonschott, Bedarf es einer Mitwirkung des Gegenvormundes bei der Quittierung einer Mündelforderung? GruchotsBeitr. **49** 9 ff. — Wilutzky, GruchotsBeitr. **49** 539 (Erbbaurecht, Beleihungsfähigkeit). — Wirtz, Ist der Vormund vermögensloser Mündel verpflichtet, Auslagen aus eigenen Mitteln zu bestreiten? DJZ. **05** 165 ff. —

§ 1793. 1. Verhältnis des Vormundes zu einem früher bestellten Bevollmächtigten. *Carlebach, DNotV. **05** 452. Die von dem Entmündigten in gesunden Tagen für den Fall des Eintritts geistiger Umnachtung erteilte Vollmacht kann von dem Vormunde regelmäßig nicht widerrufen werden; liegt ein Dienstvertrag vor, so ist die Vollmacht unwiderruflich, wenn dies sich aus der Absicht der Beteiligten ergibt (§ 168 Satz 2; Ausnahme: § 626); aber auch sonst, bei unentgeltlicher Übernahme der Vertretung für den Fall geistiger Erkrankung macht die gekannte und gewollte Unwiderruflichkeit des Auftrags während der Erkrankung diesen Auftrag zu einem eigentümlichen Geschäfte, bei dem § 671 ausgeschlossen ist oder doch ausgeschlossen werden kann.

2. Leistung des Offenbarungseids durch den Vormund. LG. Tilsit, PosMSchr. **05** 11, JustdRundsch. **4** 138. Der Vormund ist in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter zur Leistung eines dem Mündel auferlegten Offenbarungseids verpflichtet, mag auch der Schuldtitel vor seiner Bestellung zum Vormund erlassen sein. Vgl. auch LG. Berlin, KGBl. **05** 6, JW. **04** 578, JustdRundsch. **4** 42 (auch der eidesfähige Mündel ist zur Ableistung verpflichtet).

3. Strübe, ZBlFG. **6** 168 ff. Der Vormund einer Ehefrau kann diese nicht in Ausübung der Schlüsselgewalt vertreten, die ein aufs engste mit der Person der Frau verbundenes Recht ist und bei Ausübung durch einen Vertreter deshalb einen völlig anderen Inhalt erhalten würde (die geschäftsbeschränkte Frau kann aber selbst in Vertretung des Mannes handeln). Dagegen hat der Vormund des Mannes das Recht, die Schlüsselgewalt der Frau zu beschränken (vermögensrechtliche Angelegenheit).

4. Unterstützung des Vormundes bei Geltendmachung der Unterhaltsansprüche (s. JDR. **3** zu § 1793 Ziff. 5). — **a)** LG. Straubing, JustdRundsch. **4** 295. Zu der dem Vormunde selbständig obliegenden Sorge für die Person des Kindes gehören die Ermittelung des unehelichen Vaters und die Geltendmachung der dem Kinde zustehenden Rechte. Da jedoch das Vormundschaftsgericht als Aufsichtsbehörde den Vormund zu unterstützen und über Unterhalt und Erziehung des Mündels sich zu vergewissern hat, so ist es ein billiges Verlangen des Vormundes, daß er bei der Aufenthaltsermittelung des unehelichen Vaters durch das Gericht unterstützt werde, dem nachhaltigere Mittel, und größtenteils ohne Kostenaufwand, zur Verfügung stehen. — **b)** DJZ. **05** 748 (KG.). Der Vormundschaftsrichter kann zwar dem Vormunde bei Erfüllung der Verpflichtung des letzteren, den außerehelichen Vater zu ermitteln, behilflich sein, indem er durch Anhörung der Mutter den Namen zu erfahren versucht, es steht ihm aber nicht zu, ein richterliches Beweisverfahren in die Wege zu leiten; insbesondere kann er nicht die Mutter zeugeneidlich vernehmen, da §§ 12, 15 FGG. den Fall treffen, wo der Vormundschaftsrichter zu einer Entscheidung berufen ist, und ein hierauf gerichtetes Rechtshilfeersuchen ist abzulehnen. — **c)** Rechtshilfe. — α. Gegen den JDR. **3** zu § 1793 Ziff. 5aβ mitgeteilten Beschluß des **RG.** v. 28. 4. 04 vertritt Josef, ZBlFG. **6** 200 f., die Ansicht, daß das Vormundschaftsgericht, indem es ersucht, den unehelichen Vater vorzuladen, die Anerkennung der Unterhalspflicht zu veranlassen und zu beurkunden, als Vormundschaftsgericht in der anhängigen Vormundschaftssache, in Ausführung seiner Pflicht, den Vormund bei Durchführung der Mündelansprüche zu unterstützen, handele, deshalb nach § 2 FGG. und § 160 GVG. das Reichsgericht bei Ablehnung des Ersuchens zu entscheiden habe, daß es im Falle eines solchen Ersuchens auch nicht auf die Art der verlangten Amtshandlung ankomme, vielmehr auch z. B. in Elsaß-Lothringen die Gerichte solchenfalls zur Aufnahme vollstreckbarer Urkunden als Rechtshilfegerichte verpflichtet seien (§ 194 Abs. 4 FGG.). — β. ElsLothNotZ. **25** 63 (Colmar). Die Aufnahme einer vollstreckbaren Urkunde

betreffs des Unterhaltsanspruchs des außerehelichen Vaters gehört in Elf.-Lothr. zum Geschäftskreise der Notare; deshalb dürfen dort die Amtsgerichte derartige Ersuchen ablehnen. — γ. Die JDR. **3** zu § 1793 Ziff. 5aγ mitgeteilte Entscheidung des OLG. Cassel findet sich auch ZBlFG. **5** 630, JustdRundsch. **4** 279, SeuffA. **60** 453. — δ. R. **05** 336 (Dresden). Die Beurkundung von Vereinbarungen über die Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder an ihre Väter ist nicht reichsrechtlich den Gerichten übertragen, gehört auch nicht zum Geschäftskreise der Vormundschaftsgerichte, deshalb ist die Ablehnung eines dahingehenden Rechtshilfeersuchens zulässig. — Frese, R. **05** 336, der diese Entscheidung mitteilt, empfiehlt die Leistung der nicht verbotenen Rechtshilfe im sachlichen Interesse. — **d)** Avril, JustdRundsch. **4** 119. Die vollstreckbare Ausfertigung des Alimentenvergleichs hat der Gerichtsschreiber des Gerichts, das die Urkunde aufgenommen hat, zu erteilen (s. JDR. **3** zu § 1793 Ziff. 5b). Vgl. LG. Nürnberg, JustdRundsch. **4** 333 (das ersuchte Gericht handelt in selbständiger Ausübung der Amtsbefugnis als Beurkundungsbehörde, gerade so wie ein vom Vormundschaftsgericht um Aufnahme der Erklärung des Vaters ersuchter Notar. — **e)** BayRpflZ. **05** 60 (Bamberg). Der außereheliche Vater kann nicht durch Ordnungsstrafen angehalten werden, vor dem Vormundschaftsgerichte zwecks Vernehmung über Anerkennung der Vaterschaft zu erscheinen; auch aus § 13 FGG. folgt diese Befugnis des Gerichts nicht. Er ist Beteiligter, Partei, er kann deshalb auch nicht als Zeuge zum Erscheinen gezwungen werden.

§ 1795. 1. Die JDR. **3** zu § 1795 Ziff. 1a aus BayObG. **5** 547 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. v. 4. 11. 04 findet sich auch ZBlFG. **5** 627, KGJ. **29** A 252, OLG. **10** 70, DNotV. **05** 373, SeuffBl. **05** 152; die daselbst mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. (FS.) findet sich auch SeuffBl. **05** 74.

2. **a)** BayObLG. **6** 435, KGJ. **30** A 291, R. **05** 433, SeuffBl. **05** 644. Der Stiefvater, der gesetzlicher Vertreter des Kindes ist, kann dessen Einwilligungserklärung nach § 1706 Satz 3 und im Anschlusse daran seine Erklärung, daß er dem Kinde seinen Namen erteile, der zuständigen Behörde gegenüber abgeben; die Behörde als Organ der öffentlichen Gewalt, nicht etwa als Vertreterin des Stiefvaters, ist hier allein Empfängerin der Einwilligungserklärung, letztere daher in diesem Falle kein Rechtsgeschäft des Kindes mit dem Stiefvater, wie bei einer dem Stiefvater gegenüber abgegebenen Erklärung, § 181 daher nicht anwendbar. Die Möglichkeit des Interessengegensatzes kann nur Anlaß zu einer Maßnahme nach §§ 1796, 1630 Abs. 2 sein. Wird eine solche Maßnahme nicht getroffen, so ist für eine Pflegschaftsanordnung zur Abgabe der Einwilligungserklärung kein Bedürfnis (s. JDR. **3** zu § 1795 Ziff. 1). — **b)** Örtel, FischersZ. **29** 233. Ist der Ehemann der Kindesmutter zugleich Vormund des Kindes, welches seinen Namen erhalten soll, so ist behufs Abgabe der Einwilligung dem Kinde ein Pfleger zu bestellen und das gleiche gilt, wenn die Kindesmutter selbst Vormund ist; die Einwilligungserklärungen sind rechtsgeschäftliche Akte im Sinne von § 1795 Abs. 1 Ziff. 1, Interessenkollision zwischen Ehemann, Kindesmutter und Kind ist denkbar (z. B. bei übel beleumundetem Namen des Ehemanns).

3. PrOVG. (in Staatssteuersachen) **11** 179, PrVerwBl. **26** 364. Der Vormund, der seinen Mündel und Neffen in seinem Haushalt unterhält, kann für die Unterhaltskosten keinen Abzug auf Grund des § 9 I 3 EinkStG. machen, weil er mit stillschweigender Genehmigung des Vormundschaftsgerichts mit sich selbst dahin übereingekommen sei, den Unterhalt des Neffen aus eigenen Mitteln zu bestreiten; denn da es zur Vertragsschließung zwischen Mündel und Vormund eines Pflegers bedurft hätte, liegt kein besonderer Rechtstitel im Sinne des § 9 I 3 vor.

4. Meisner zu § 1795 Note 2. Der Vormund, der persönlicher Schuldner einer hypothekarisch gesicherten Mündelforderung ist, kann die Zahlung von dem Grundstückseigentümer nicht rechtsgültig empfangen, da hierdurch Forderung und Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer überginge, also übertragen würde (s. IDR. **2** zu § 1795 Ziff. 5c).

5. Neumann (4) Note 4 zu § 1795 Ziff. 3. Die Hemmung der Verjährung (§ 204) beruht auf dem persönlichen Verhältnisse zwischen Vormund und Mündel und wird deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Anspruch zum Wirkungskreise eines Pflegers gehört.

6. Meisner Note 1 zu § 1795 spricht sich für Nichtigkeit der dem § 1795 zuwider vorgenommenen Rechtsgeschäfte aus. AA. Neumann (4) zu § 1795 I 1. Vertreter ohne Vertretungsmacht (s. IDR. **3** zu § 1795 Ziff. 6).

§ 1796. 1. Interessengegensatz. **a**) OLG. **10** 8 (KG.). Die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters fällt nicht ohne weiteres weg, wenn sich ein Interessengegensatz zwischen ihm und dem Mündel ergibt. Abgesehen von den Fällen der §§ 1795 Ziff. 1—3, 181, in denen kraft Gesetzes die Vertretungsmacht ausgeschlossen ist, besteht die Befugnis des Gerichts nach § 1796, dem Vertreter die Vertretung in gewissem Umfange zu entziehen; nach dieser Vorschrift bleibt die Vertretungsmacht auch nach dem Eintritte der einen Interessengegensatz begründenden Tatumstände zunächst unberührt und fällt erst fort mit und im Umfang der Entziehung; solange letztere nicht erfolgt ist, liegt kein Pflegschaftsbedürfnis vor (s. IDR. **3** zu § 1796). — **b**) KGJ. **30** A 34, PosMSchr. **05** 165 (KG.). Interessengegensatz verhindert den gesetzlichen Vertreter nicht an der Besorgung einer Angelegenheit, er kann nur Anlaß zu einer solchen Verhinderung dadurch geben, daß um seinetwillen die Vertretung entzogen wird; diese Entziehung braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, sie kann in der Pflegerbestellung liegen und dadurch wirksam werden, daß die Pflegschaftsanordnung dem Vater oder Vormund bekannt gemacht wird (s. auch KG., PosMSchr. **05** 172). — **c**) KGJ. **29** A 24 (KG.). Es existiert kein allgemeiner Satz, daß dem Vater die Vertretungsmacht dann nicht zusteht, wenn sein Interesse mit dem des Kindes in Widerspruch steht; es bedarf vielmehr, abgesehen von den Fällen des § 1795, der Entziehung der Vertretungsmacht wegen erheblichen Interessengegensatzes gemäß § 1796 (mit nachfolgender Pflegerbestellung im Bedürfnisfalle). Interessenkollision setzt eine Verschiedenheit der Interessen in der Art voraus, daß die Beförderung des einen Interesses nur auf Kosten des anderen erfolgen kann (Hesse § 1796 Note 5). Der Vater muß also ein eigenes Interesse an bestimmtem Handeln haben, und das Kindesinteresse in entgegengesetzter Richtung gehen. Das Bestehen eines Interessengegensatzes läßt sich nicht nach allgemeinen Rechtsregeln, sondern nur nach Lage des Einzelfalls beurteilen; es ist Voraussetzung der Entziehung, während nicht die Möglichkeit genügt, daß erst anzustellende Ermittelungen vielleicht ein Interesse des Kindes ergeben. Hat der Vater kein eigenes Interesse, vernachlässigt er aber das Kindesinteresse, so ist keine Entziehung nach § 1796, sondern Maßregel nach § 1666 möglich.

2. Unger, BuschsZ. **34** 295 Note 138, hält den Vormund im Falle des § 1796 nicht für beteiligt und beschwerdeberechtigt. AA. Neumann (4) Note 2 zu § 1796.

§ 1797. I. Mitvormundschaft. Nach *Lion liegt eine einheitliche Vormundschaft vor, die den Mitvormündern zur gesamten Hand zusteht; aus der Ungeteiltheit bzw. Geteiltheit der Ausübung (Führung) entspringen dann die verschiedenen Arten und ergibt sich der Gesichtspunkt für die Regelung im einzelnen. Wichtigste Folge: die Gegenvormundschaft ist heute nicht mehr Mitvormundschaft;

daher kann bei ungeteilter Führung heute nicht mehr ein Mitvormund Gegenvormund des anderen sein; bei geteilter Führung ist dies zwar möglich (früher notwendig!), aber dann liegen 2 Ämter vor, von denen man eventuell eines nach § 1786 Ziff. 8 ablehnen kann (29). Ferner: die Klagen auf Erfüllung der den Vormündern obliegenden Pflichten belasten die Vormünder zur gesamten Hand, dagegen die Klagen auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung (§ 1833) als Gesamtschuldner (60 ff.).

II. Entscheidung von Meinungsstreitigkeiten. Abs. 1 Satz 2. *Fuchs, GruchotsBeitr. **49** 700 ff. (gegen Lion). Das Vormundschaftsgericht kann die im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitvormündern ihm beigelegte Befugnis und Verpflichtung zur Entscheidung nur dahin ausüben, daß es einer der verschiedenen Meinungen beitritt; nicht aber dahin, daß es selbst eine neue Meinung aufstellt, nach der die Mitvormünder zu handeln haben. Das folgt notwendig aus dem Grundsatze der Selbständigkeit des Vormundes. — Für unbeschränktes Entscheidungsrecht des Vormundschaftsgerichts auch Meisner Note 2 zu § 1797 (s. IDR. **3** zu § 1797 II).

III. Vormünder mit geteilter Verwaltung. SächsOLG. **26** 475. Der Vormund, der Pächter eines dem Mündel gehörigen Erwerbsgeschäfts ist, kann den Mündel in der Überwachung des Pächters hinsichtlich der diesem nach § 588 obliegenden Pflichten nicht vertreten. Dem Gegenvormunde liegt diese Überwachung auch nicht ob, da er nur auf die ordnungsmäßige Vormundschaftsführung zu achten hat, der Vormund aber nicht als solcher, sondern als Pächter das Geschäft betreibt; der Gegenvormund hat nur auf die Verrechnung des vom Vormund nach § 181 an sich selbst entrichteten Pachtzinses zu achten. In einem solchen Falle ist ein zweiter Vormund nach § 1797 Abs. 2 zu bestellen; Pflegschaft erscheint nicht angezeigt, weil es sich um einen erheblichen Teil des Mündelvermögens handelt und die Verhinderung des Vormundes nicht lediglich vorübergehend ist.

§ 1798. *Lion 49. § 1798 findet analoge Anwendung nicht nur für den Fall einer anderen Teilung der Geschäfte als der nach Person und Vermögen des Kindes, sondern auch in vielen ähnlichen Fällen des Familienrechts: §§ 1794, 1696, 1697, 1702 usw. (s. IDR. **1** zu § 1798). Vgl. § 1833.

§ 1799. Die IDR. **3** zu § 1799 mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch RheinARV. **22** 12; s. auch Bonschott, GruchotsBeitr. **49** 13.

§ 1800. I. Erziehung. 1. Erziehungsaufwand. KGJ. **29** A 18, ZBlFG. **6** 60, R. **05** 291 (KG.). Dem Vormunde des unehelichen Kindes liegt die Bestimmung darüber ob, wieviel aus den Mitteln des Kindes für dessen Pflege und Erziehung zu verwenden ist. Verlangt die zur tatsächlichen Personensorge berechtigte Mutter die ganzen Einkünfte des Mündelvermögens oder die ganze Unterhaltsrente, hält aber der Vormund soviel nicht zur Erziehung für erforderlich, so hat darüber der Prozeßrichter, nicht der Vormundschaftsrichter zu entscheiden; § 1837 ist nicht anwendbar, da es sich nur um eine Frage persönlicher Auffassung handelt (s. IDR. **1** zu § 1800 I 1 a).

2. Religiöse Erziehung. RheinARV. **22** 75 ff., OLG. **10** 3 (KG.). Die religiöse Erziehung bildet, soweit nicht die Landesgesetze nach Art. 134 EGBGB. Bestimmungen treffen, einen Bestandteil des allgemeinen Erziehungsrechts, z. B. steht in der Rheinprovinz in Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen betreffs der unehelichen Kinder die Bestimmung über die religiöse Erziehung der Mutter als der Trägerin des Personensorgerechts (§ 1707), beim Ruhen ihres Sorgerechts und nach ihrem Tode dem Vormunde zu.

3. Berufswahl. Hettmann, R. **05** 41. § 1707 ist eine Sonderbestimmung gegenüber § 1793. Es fällt der Mutter die tatsächliche Fürsorge,

dem Vormunde die Vertretung zu. Verweigert der Vormund den Abschluß eines Lehrvertrags mit einem von der Mutter ausgesuchten Meister, weil er für den Mündel einen anderen Beruf wählen würde, so ist er an sich im Unrechte; nur wenn die Mutter mit dem Rechte der Personensorge Mißbrauch treibt, kann sich der Vormund gemäß §§ 1707 Satz 3, 1689 an das Vormundschaftsgericht wenden (s. IDR. **3** zu § 1800 Ziff. 1 c).

II. Herausgabeanspruch. **a**) R. **05** 370 (Dresden). Der Vormund eines unvermögenden, ihm widerrechtlich vorenthaltenen Mündels hat Anspruch auf Armenrechtsbewilligung für den Rechtsstreit auf Herausgabe, den er lediglich als Vormund in Ausübung seines Amtes, seiner Personensorge, und in Wahrung des Mündelinteresses führt, zumal ihm Ersatzanspruch nach § 1835 an den Mündel zusteht, wenn überhaupt die Kostenpflicht zu Lasten des Vormundes, und nicht vielmehr des Mündelvermögens entsteht. — **b**) LG. Mannheim, Bad. Rpr. **05** 124. Der Herausgabeanspruch steht der unehelichen Mutter kraft des Sorgerechts zu, in eigenem Namen, nicht als Vertreter des Kindes.

§ 1802. **a**) Staudinger-Engelmann (2) Note 2a zu § 1802 und Blume Note 1 zu § 1802 beziehen die Inventarisationspflicht betreffs „später" zufallenden Vermögens lediglich auf den Fall, daß anfangs kein Vermögen da war, und verneinen eine Inventarisationspflicht betreffs der Zu- und Abgänge. Planck Note 1 zu § 1802 verneint nur die Inventarisationspflicht betreffs der Minderungen und Änderungen. — **b**) Staudinger-Engelmann (2) Note 2b. Zu verzeichnen ist nur das der Verwaltung des Vormundes unterliegende Vermögen, da das Verzeichnis die Grundlage der Verwaltung bilden soll; nicht zu verzeichnen ist das der Verwaltung des Ehemanns im gesetzlichen Güterrecht unterworfene Vermögen (s. IDR. **3** u. **1** Ziff. 1 zu § 1802). — **c**) Staudinger-Engelmann (2) Note 4b u. c zu § 1802 hält Aufnahme der Passiva nicht für erforderlich und überträgt die Vorschrift des § 1640 Abs. 1 Satz 2 auf das Inventar des Vormundes (s. IDR. **3** zu § 1802, **2** zu § 1802 Ziff. 3 und **1** zu § 1802 Ziff. 4).

§ 1803. Staudinger-Engelmann Note 4 zu § 1803. Im Falle des § 1803 Abs. 3 Satz 2 ist Interessegefährdung nicht Voraussetzung für die vormundschaftsgerichtliche Ersatzzustimmung. AA. v. Blume, IDR. **3** zu § 1802.

§ 1807. 1. Erbbaurechte. **a**) Wilutzki, GruchotsBeitr. **49** 539, spricht sich grundsätzlich für die Möglichkeit der Beleihung des Erbbaurechts mit Mündelgeldern aus, verkennt aber nicht die Schwierigkeit, in Ermangelung landesgesetzlicher Vorschriften die Sicherheit zu bemessen (s. IDR. **2** zu § 1807 Ziff. 2 u. **3** zu § 1807 aE.). — **b**) Dennler, DIZ. **05** 908, erachtet für Bayern Erbbaurechtshypotheken nicht als mündelsichere Kapitalanlagen, da sie in der VO. v. 5. 5. 05 (Ges.- u. VOBl. Nr. 25) nicht erwähnt und auch nicht sicher im Sinne des Art. 92 b BayAGBGB. sind (s. IDR. **1** zu § 1807 Ziff. 2c, **2** zu § 1807 Ziff. 2 und **3** zu § 1807 aE.). — **c**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1809 Ziff. 1a halten Anlegung in Hypotheken an Erbbaurechten für zulässig.

2. Bedeutung der landesrechtlichen Vorschriften für die Haftung. Staudinger-Engelmann (2) Note 6 Abs. 3 zu § 1807 heben gegen Planck Note 3 zu § 1807 hervor, daß der Vormund trotz Beachtung der landesgesetzlichen Vorschriften gemäß § 1807 Abs. 2 ausnahmsweise haften kann, wenn er auf eine trotzdem unsichere Hypothek in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Unsicherheit Mündelgeld ausleiht (s. IDR. **2** zu § 1807 Ziff. 2 aE.).

§ 1808. Die IDR. **3** zu § 1808 mitgeteilte Ansicht v. Blumes vertreten auch Staudinger-Engelmann (2) zu § 1808 Ziff. 1.

§ 1809. 1. Ausdehnung des Sperrvermerks auf die Zinsen. — **a**) *Schultheis, DIZ. **05** 448 ff. Der § 1813 Abs. 2 macht für den Fall

des § 1813 Abs. 1 Ziff. 4 im Gegensatze zu Ziff. 2 u. 3 keinen Vorbehalt zugunsten von Anlagen, bei denen ein anderes bestimmt ist; hier kommt also eine anderweite Bestimmung mit der Rechtsfolge einer Beseitigung der im § 1813 Ziff. 4 festgesetzten Ausnahme nicht in Frage. Hieraus ergibt sich, daß nach § 1809 nur die Erhebung des Kapitals, nicht auch der Zinsen (Nutzungen) von der Genehmigung abhängig gemacht werden soll und daß eine über die Vorschrift des § 1809 hinaus auf die Zinsen erstreckte Vertragsbestimmung die selbständige Vertretungsmacht des Vormundes nach § 1813 Ziff. 4 nicht beschränken kann, eine solche Beschränkung kann nur durch eine Verbindung der Anordnungen aus §§ 1796 und 1818 und Ausführung der Hinterlegung erreicht werden. — **b)** Friedländer, DJZ. **05** 496, erstreckt den Vorbehalt der Genehmigung „zur Erhebung des Geldes" auch auf die Zinsen; denn er will bei der von ihm zur Sicherung des Kindesvermögens vorgeschlagenen Ausdehnung des § 1809 auf den elterlichen Gewalthaber die Fassung wählen: „zur Erhebung des Kapitals", damit die Zinsenerhebung freibleibe (s. JDR. **1** zu § 1809 Ziff. 1 c).

2. Wirksamkeit des Sperrvermerkes. **a)** Vierhaus, DJZ. **05** 539 (gegen Friedländer, DJZ. **05** 495). Der Sperrvermerk ist nur wirksam, wenn die Bestimmung bei der Anlegung als Teil des Vertrags zwischen Vormund und Anlegestelle getroffen, der Vermerk bei Sparkassenbüchern, da diese einseitig von der Sparkasse ausgestellt zu werden pflegen, von der Sparkasse beigefügt wird; die einseitige Hinzufügung des Vermerkes durch das Gericht ist, da die Außerkurssetzung von Sparkassenbüchern (nicht durch Art. 126, sondern durch die Heranziehung des § 1809 in Art. 99 EGBGB.) beseitigt ist, völlig bedeutungslos, so daß die Sparkasse trotzdem an den Vormund zahlen kann (s. JDR. **1** zu § 1809 Ziff. 1 a). — **b)** Staudinger-Engelmann (2) Note 1 b zu § 1809. Nach Landesrecht entscheidet sich, ob der Sperrvermerk durch das Gericht oder die Sparkassenverwaltung einzutragen ist (s. JDR. **1** zu § 1809 Ziff. 1).

3. Beseitigung nach beendeter Vormundschaft. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1890 Ziff. 1 a α. Die Beseitigung des Sperrvermerkes nach beendeter Vormundschaft herbeizuführen, ist Sache des Mündels, dem das Gericht hierzu eine Bestätigung über die Beendigung zu erteilen hat. — **b)** Staudinger-Engelmann (2) Note 2 zu § 1809 und Neumann (4) Note 3 zu § 1809. Nach beendigter Vormundschaft ist der Mündel unter Nachweis seiner Selbständigkeit zur Erhebung des Geldes ohne Genehmigung berechtigt. AA. OLG. **2** 263 (KG.) (s. JDR. **3** zu § 1809 Ziff. 3, **2** zu § 1809 Ziff. 2 und **1** zu § 1809 Ziff. 3).

4. Nach Staudinger-Engelmann (2) Note 5 zu § 1809 unterliegen auch Mitvormünder der Vorschrift des § 1809 (s. JDR. **3** zu § 1809 Ziff. 1 und **2** zu § 1809 Ziff. 1).

§ 1812. I. Genehmigungsbedürftige Rechtsakte. 1. Quittung. **a)** *Bonschott, GruchotsBeitr. **49** 9 ff. Die Annahme einer geschuldeten Leistung ist eine Verfügung über die Forderung, deshalb genehmigungsbedürftig. Die Genehmigung des Gegenvormundes ist kein zivilrechtliches Rechtsgeschäft, sondern öffentlich-rechtlicher Natur; auf sie sind aber die allgemeinen Grundsätze über die Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden, so daß die Genehmigung, obschon empfangsbedürftig, stillschweigend erteilt werden kann. Die Quittung des § 368 BGB. ist nur Beweismittel, deshalb keine Verfügung über die Forderung: Einer Mitwirkung des Gegenvormundes bedarf es darum bei Quittierung einer Mündelforderung, die bereits durch die mit Genehmigung des Gegenvormundes angenommene Zahlung getilgt ist, nicht; auch nicht in Grundbuchsachen, wo aber die Genehmigung zur Annahme in der Form des § 29 GBO. nachzuweisen ist. Die Klage auf Erteilung der Quittung geht gegen den Mündel,

vertreten durch den Vormund. Das Urteil ist aus § 888 ZPO. zu vollstrecken gegen den Vormund. Beschwerde gegen die Ablehnung eines Antrags an das Vormundschaftsgericht, den Vormund zur Erteilung der Quittung anzuweisen, ist unzulässig, weil (§ 20 FGG.) das Recht des Schuldners dadurch nicht beeinträchtigt wird: er kann trotzdem klagen (vgl. o. § 368 Ziff. 1a). — **b)** AA. *Glatzer, GruchotsBeitr. **49** 562 ff. Ist zur Annahme einer geschuldeten Leistung durch den Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes erforderlich, so bedarf die vom Vormund auszustellende Quittung zu ihrer Rechtsgültigkeit der Genehmigungserklärung jenes vormundschaftlichen Aufsichtsorgans als des Mitträgers des vormundschaftlichen Gesamtwillens. § 1831 wird durch § 368 (s. o. § 368 Ziff. 1 b) dahin ergänzt, daß diese Genehmigung auf der Urkunde selbst oder einer Anlage zu ihr stets mitausgesprochen sein muß, nicht nur dann, wenn der Schuldner wegen Mangels des Genehmigungsvermerkes den Schein unverzüglich zurückgewiesen hat. Klage auf Quittungsleistung; Vollstreckung nach § 894 ZPO. — Formelle Behandlung vormundschaftsgerichtlicher Ersatzgenehmigung nach § 1812 Abs. 2, 3 s. bei § 1828 BGB., FGG. §§ 53 und 55!

2. Löschungsbewilligung. **a)** *Dennler, BayNotZ. **05** 34 ff. Auch zur Löschung von Mündelhypotheken wegen Bezahlung ist vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn kein Gegenvormund bestellt ist; denn solche Rechtsgeschäfte sollen nach den Gesetzesmotiven nicht dem Vormund allein überlassen werden; daraus folgt, daß der Vormund immer der Genehmigung des Gegenvormundes, bzw. wenn kein solcher vorhanden ist, der des Vormundschaftsgerichts bedarf. — Dazu bemerkt in einer Nachschrift (37 ff.) Schmitt: Der Verzicht des Vormundes auf eine seinem Mündel zustehende Hypothek ist ebenso wie die Grundstücksfreigabe genehmigungsbedürftig nach § 1822 13. Anders ist aber die Mitwirkung bei der Löschung einer zurückgezahlten, nur noch formell auf den Namen des Mündels stehenden Hypothek; was hier dem Mündel noch zusteht, ist nur die Pflicht zur Quittungsleistung und Aushändigung des Briefes und der Löschungsurkunden. Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen des Mündels bedarf es keiner obervormundschaftlichen Genehmigung. Dagegen ist zur Annahme der Rückzahlung Genehmigung des Gegenvormundes und eventuell des Gerichts regelmäßig nötig; hier gehört der Nachweis über die Genehmigung zur Annahme zu den nach § 1154 auszuhändigenden Urkunden. Zur Löschungsbewilligung selbst aber bedarf es keiner Genehmigung. — **b)** Becker, BadNotZ. **3** 137 f. Der Vormund bedarf zur Löschung einer Hypothek des Mündels nach getilgter Forderung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht. — **c)** *Schlesinger, BadNotZ. **3** 61 ff. Falls die Forderung durch Zahlung oder auf sonstige Weise getilgt ist, kann zur Löschung der Hypothek vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht auf Grund des § 1822 13 verlangt werden, da dieser nur Rechtsgeschäfte betrifft, die die Forderung unberührt lassen, z. B. Verzicht auf die Hypothek, Rangrücktritt. Dagegen greift regelmäßig § 1812 Platz: Genehmigung des Gegenvormundes eventuell des Vormundschaftsgerichts. Hat der Gegenvormund bereits zur Empfangnahme der Zahlung die Genehmigung erteilt, und wird diese nachgewiesen, so bedarf es nicht noch einer Genehmigung zur Löschungsbewilligung, da dann der Vormund rechtsgültig quittieren kann und diese Quittung die Löschungsbewilligung ersetzt. Anderenfalls ist Genehmigung des Gegenvormundes zur Löschungsbewilligung und zugleich der Nachweis, daß der Fall des § 1822 13 nicht gegeben ist, nötig. Als Ausnahme nach § 1813 kommt nur der Fall in Betracht, daß die Mündelhypothek 300 M. nicht übersteigt: dann genügt zur Löschung beglaubigte Quittung des Vormundes über die an ihn erfolgte Zahlung. — Vgl. auch Grundbuchamt Mannheim, BadNotZ.

Z 67. Durch Zahlung kann der Schuldner das klagbare Recht auf Löschungsbewilligung nur erlangen, wenn zur Annahme der Zahlung und folglich auch zur Quittierung die erforderliche Genehmigung erteilt ist. (Nachweis der mit Genehmigung erfolgten Zahlung oder der Ausnahme des § 1813.) — **d**) ElsLoth. NotZ. **25** 39, ElsLothZ. **30** 300 (Colmar). Der Vormund bedarf entweder der Genehmigung des Gegenvormundes zur Empfangnahme der dem Mündel zustehenden Forderung oder der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Löschungsbewilligung. Ebenso LG. Colmar, ElsLothNotZ. **25** 87, ElsLothZ. **30** 320; vgl. auch LG. Straßburg, ElsLothZ. **30** 185.

II. Gegenstände genehmigungsbedürftiger Akte. 1. Die JDR. **3** zu § 1812 Ziff. 2 mitgeteilte Ansicht v. Blumes erachten Staudinger-Engelmann (2) Note 1 a α zu § 1812 für widerspruchsvoll, indem für den Ausschluß der Veräußerung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs jede Erklärung mangelt.

2. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1812 Ziff. 1 b α aE. Der Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes enthält keine Verfügung über letzteren; ebenso Planck Note 2 Abs. 2 zu § 1812. AA. v. Blume, JDR. **3** zu § 1812 Ziff. 2.

III. 1. Glatzer, R. **05** 428 f. Die Unterordnung des § 1812 Abs. 2 unter § 53 FGG. dürfte abzulehnen sein, wohl aber fällt die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Ersatzgenehmigung unter § 55 FGG. Die die Ersatzgenehmigung enthaltende Verfügung wird sofort mit Bekanntgabe an den Vormund wirksam und ist mit einfacher Beschwerde anfechtbar. Sobald der Vormund dem Vertragsgenossen des Mündels von der erteilten Genehmigung Mitteilung gemacht hat, kann diese vom Vormundschaftsgericht oder einem Beschwerdegerichte nicht mehr geändert werden (§§ 55, 62 FGG.).

2. Nach Unger, BuschsZ. **34** 342 Note 247, wird die Ersetzung der Genehmigung des Gegenvormundes durch das Gericht erst mit der Rechtskraft wirksam, jedoch nicht im Falle des § 1812 Abs. 3, in dem die zunächst berufene Stelle nicht besetzt ist.

§ 1813. I. Steht Kündigung der Leistungsannahme gleich? Staudinger-Engelmann (2) Note 1 e zu § 1813. Zur Kündigung selbst (s. § 1813 Ziff. 5) ist die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich (s. JDR. **3** zu § 1813 I).

II. Die einzelnen Fälle. 1. Ziff. 3. Meisner, Note 4 zu § 1813. Der Vormund ist nach § 1813 Abs. 1 Ziff. 3 allgemein berechtigt, die Rückzahlung des auf den Namen des Mündels angelegten Geldes ohne Genehmigung des Gegenvormundes bzw. des Gerichts zu verlangen, auch wenn die Rückzahlung von dieser Genehmigung gemäß § 1809 hätte abhängig gemacht werden sollen.

2. Ziff. 4. *Schultheis, DJZ. **05** 449. Der Sperrvermerk des § 1809 erstreckt sich nicht auf die Zinsen. Der Vormund kann deshalb die Zinsen eines Sparkassenguthabens so lange selbständig erheben, als es sich dabei noch um einen zu den Nutzungen des Mündelvermögens gehörenden Anspruch im Sinne des § 1813 Ziff. 4 handelt; das ist nicht mehr der Fall, wenn mit stillschweigender Genehmigung des Vormundes eine Zuschreibung der Zinsen im Sparkassenbuch erfolgt ist.

§ 1814. **a**) Staudinger-Engelmann (2) Note 3 aE. zu § 1814. Stehen Inhaberpapiere im Miteigentume des Mündels, so kann die Hinterlegung nicht gegen den Willen des Dritten erfolgen (§ 744 Abs. 1) (s. JDR. **3** zu § 1814 u. **1** zu § 1814 Ziff. 2). — **b**) Neumann (4) II 3. Nach Beendigung der Vormundschaft ist der Mündel unter Nachweis seiner Selbständigkeit zur Empfangnahme ohne weiteres berechtigt; ebenso Staudinger-Engelmann (2) Note 6 aE. zu § 1814; aA. OLG. **2** 263 (KG.).

§ 1817. a) Der JDR. 2 zu § 1817 mitgeteilten Ansicht Dernburgs treten auch Staudinger-Engelmann (2) zu § 1817 Ziff. 1 bei. — b) Meisner Note zu § 1817. Die Befreiung von der Verpflichtung aus § 1814 beseitigt zugleich die aus § 1815 (s. JDR. 1 zu § 1817).

§ 1821. I. Die Genehmigung im allgemeinen. 1. Die Genehmigung als Amtshandlung kraft Aufsichtsrechts. a) v. Blume, JheringsJ. 48 427, 436. Die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts ist nicht Geschäftsführung. Kraft Aufsichtsrechts, nicht kraft Beteiligung am Ergebnisse des Rechtsgeschäfts gibt es seine Genehmigung. Wer kraft Aufsichtsrechts seine Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilt, erfüllt damit eine Fürsorgepflicht gegenüber einem Schutzbefohlenen, er trifft eine für diesen maßgebende Bestimmung kraft Amtsgewalt auf Grund pflichtmäßiger Sachprüfung; und gerade darum überläßt das Gesetz, anstatt selbst eine generelle Bestimmung zu geben, es dem Inhaber der Aufsichtsgewalt, von Fall zu Fall die Geschäftsfähigkeit oder die Vertretungsmacht zu begrenzen. — Da das Gericht nur kraft Aufsichtsrechts handelt, hat es sich auch nicht formell am Geschäft zu beteiligen, seine Genehmigung nicht der anderen Partei gegenüber zu erklären. — b) Neumann (4) zu § 1828 Ziff. 2. Durch die Annahme, daß die obervormundschaftliche Genehmigung obrigkeitliche Handlung sei, wird zwar die unmittelbare, nicht aber die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte ausgeschlossen.

2. Form. a) Die JDR. 3 zu § 1821 I 2 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch SeuffBl. 05 98. — b) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1828 Ziff. 4. Stillschweigende Erteilung der Genehmigung dürfte ausgeschlossen sein (s. JDR. 3 zu § 1821 I 2). — c) Marcus, Holdheims MSchr. 05 282. Ein Vormundschaftsrichter, der bei einem seiner Genehmigung unterliegenden Akt des Vormundes mitwirkt, erklärt diesem damit konkludent die Genehmigung hierzu.

3. Antragserfordernis. *Goldberg 36 ff. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist keine Verfügung, die nur auf Antrag erlassen werden kann; wichtig mit Rücksicht auf § 18 FGG. Das Recht und die Pflicht des Vormundschaftsgerichts, eventuell auf jede Anregung hin in die dem Erlasse der Genehmigungsverfügung voraufgehende causae cognitio einzutreten, folgt aus seiner Stellung; es ist deshalb auch eine Vorschrift, daß das Vormundschaftsgericht nur auf Antrag in die causae cognitio eintreten solle, nicht zu statuieren (s. JDR. 3 zu § 1821 I 3).

4. Bedeutung des Irrtums und der Täuschung. a) RG. JW. 05 527. Die Vertretungsmacht des Vormundes ist bei Geschäften, zu deren Gültigkeit obervormundschaftliche Genehmigung erforderlich ist, gesetzlich beschränkt, er kann ohne die vom Gesetz angeordnete Ergänzung den Mündel nicht verpflichten. Genehmigt wird aber ein Vertrag nur mit dem Inhalte, der sich aus der Vertragsurkunde in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften für das betreffende Geschäft ergibt; deshalb kann der Vertragsgegner Erfüllung der vom Vormunde nebenbei gemachten, dem Vormundschaftsrichter unbekannt gebliebenen Angaben und somit auch Erfüllungsinteresse in dieser Richtung nicht verlangen; es kann z. B. eine ohne Wissen und Willen des Vormundschaftsrichters vom Vormunde gegebene arglistige Versicherung eines bestimmten Grundstücksertrags den Mündel vertragsmäßig nicht verpflichten. — (RG. verneint aber nach BGB. überhaupt jede Haftung des vertretenen Verkäufers für arglistige, bei Gelegenheit des Kaufabschlusses geübte Handlungen seines Stellvertreters, soweit nicht Ausnahmefälle für juristische Personen und nach §§ 123, 166, 463 Satz 2, 476, 831 vorliegen, sie kann auch nicht aus §§ 164 ff. abgeleitet werden) (s. JDR. 1 zu § 1821 I 9 und 3 zu § 1821 I 7, sowie o. §§ 164 ff. Ziff. 4). — b) Josef, DNotV. 05 199 ff. Ein

genehmigungsbedürftiger Vertrag ist auch wegen Irrtums des Vormundschaftsrichters anfechtbar. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hat auch nach BGB. dieselbe Bedeutung wie die des Vormundes in den Fällen der §§ 108, 111, wie sich aus Mot. IV 1153 ergibt; zu gleicher Folgerung führt § 1832, da die Genehmigungserklärung des Gegenvormundes sicher eine rechtsgeschäftliche Erklärung ist. Die Genehmigungsverfügung ist zwar obrigkeitlicher Akt, aber verschieden von anderen Verfügungen, insbesondere der rein formalen Bestätigung. Die Genehmigung ergänzt die Vertretungsmacht des Vormundes, der Richter ist zwar nicht Vertreter des Mündels, aber die amtliche Willenserklärung des Richters in Verbindung mit der des Vormundes ergeben erst eine für den Mündel verbindliche Willenserklärung; beide Willenserklärungen müssen rechtsbeständig sein; ein Irrtum des Richters beeinflußt den Vertrag, ebenso wie der des Vormundes. — **c)** *Goldberg 85 f. Der Irrtum des genehmigenden Vormundschaftsrichters begründet nicht die Anfechtbarkeit des vom Vormunde kraft der ihm durch die erteilte Genehmigung gegebenen Rechtsmacht vorgenommenen Rechtsgeschäfts. — **d)** Staudinger-Engelmann Note 9 zu § 1829. Die entsprechende Anwendung des § 184 Abs. 1 u. 2 auf die obervormundschaftliche Genehmigung ist unbedenklich, trotzdem letztere obrigkeitlicher Akt ist. Ausgeschlossen erscheint aber im Hinblick auf die grundsätzliche Verschiedenheit zwischen Rechtsgeschäft und Amtshandlung die Anwendung der Vorschriften über Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung (§§ 129, 123). Ob eine behördliche Entscheidung auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen unwirksam ist, bemißt sich nach Landesstaatsrecht. — Staudinger-Engelmann (2) zu § 1832 Ziff. 4 halten auch betreffs der Genehmigung des Gegenvormundes, die sie nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung ansehen, sondern als einem obrigkeitlichen Akte nahestehend betrachten, § 184 Abs. 1 u. 2 für anwendbar, die Grundsätze über Anfechtung wegen Irrtums für unanwendbar (s. IDR. **3** zu § 1821 I Ziff. 1 u. 7 und zu § 1829 Ziff. 4c). **e)** Neumann (4) Note 2 zu § 1828. Wenn man auch die obervormundschaftliche Genehmigung als Amtshandlung ansieht, so schließt dies die entsprechende Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte, insbesondere Anfechtung wegen Irrtums nicht aus. Ebenso Meisner zu § 1828 aE. — **f)** OLG. **11** 303 (Kassel). Dadurch, daß die Auflassungserklärung des Vormundes zu ihrer Wirksamkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf, wird ihre Eigenschaft als rechtsgeschäftliche Erklärung nicht berührt und der für solche Erklärungen bestimmten Anfechtung (wegen Täuschung) nicht entzogen; mit ihrer erfolgreichen Anfechtung fällt die ganze Auflassung hin, einerlei, ob auch die Genehmigung des Vormundschaftsrichters im Sinne des Gesetzes anfechtbar ist oder nicht und deshalb noch besteht.

II. Die Fälle des § 1821. 1. Besitzübertragung. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1821 Ziff. 2 a β. Der Besitz eines Grundstücks ist kein Recht an einem Grundstücke, daher die Verfügung über den Besitz nicht genehmigungsbedürftig (s. IDR. **2** zu § 1821 II 3b u. **3** zu § 1821 II 1b).

2. Grundstücksbelastung. **a)** Hypothekbestellung. SeuffBl. **05** 235 (BayObLG.). Der Liquidator einer aufgelösten offenen Handelsgesellschaft, an der Minderjährige beteiligt sind, bedarf nicht obervormundschaftlicher Genehmigung zur Hypothekbestellung an Grundstücken des Gesellschaftsvermögens, vertritt vielmehr selbständig nach §§ 149, 151 HGB. innerhalb seines Geschäftskreises die Gesellschaft (s. IDR. **2** zu § 1643 Ziff. 5). — **b)** Umwandlung in eine andere Grundstückspfandform. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1821 Ziff. 2 a γ. Die Mitwirkung des Eigentümers zur Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld, einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek und umgekehrt ist nicht genehmigungsbedürftig. AA. v. Blume Note 4 zu § 1821.

— c) Abtretung einer Mündel-Eigentümerhypothek. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1821 Ziff. 2 a γ. Die Abtretung einer dem Mündel zustehenden Eigentümerhypothek bedarf nicht der obervormundschaftlichen Genehmigung. v. Blume wird hier von Staudinger irrig als Vertreter der Gegenansicht aufgeführt (s. JDR. 3 zu § 1821 II 2). — d) Kündigungsausschluß. KGJ. 29 A 20, ZBlFG. 6 105, R. 05 327 (KG.). Eine Verfügung im Sinne des § 1821 [1] liegt vor, wenn bei einer Hypothek auf einem Mündelgrundstücke vermerkt werden soll, daß der Schuldner vor Ablauf einer gewissen Zeit zur Kündigung nicht befugt sein soll, während er vorher diese Befugnis hatte; genehmigungsbedürftig ist die Änderung einer Belastung, durch die die Beschränkung des Eigentums über das ursprüngliche Maß hinaus vergrößert wird (10jähriger Kündigungsausschluß kann beim Sinken des Zinsfußes oder günstiger Verkaufsgelegenheit des unbelasteten Grundstücks wirtschaftliche Nachteile haben). — Ebenso KGJ. 29 A 115, wo die erforderliche Genehmigung zum Eintrag des statutenmäßigen Kündigungsausschlusses in der Ermächtigung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht, die Übertragung einer auf dem Mündelgrundstücke haftenden Hypothek auf das Berliner Pfandbriefinstitut als neuen Gläubiger zu veranlassen, erblickt wird. — Auch Staudinger-Engelmann (2) zu § 1821 Ziff. 2 a γ halten mit der herrschenden Meinung den Kündigungsausschluß für genehmigungsbedürftig (s. JDR. 3 zu § 1821 II 1 d u. 1 zu § 1821 II 2 b). — e) Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung. α. R. 05 649, ElsLothNotZ. 30 363 (Colmar). Die Genehmigung einer mit Hypothekenbestellung verbundenen Darlehnsaufnahme umfaßt nicht von selbst die Genehmigung zur Unterwerfungsklausel (§ 800 ZPO.), deren Bewilligung enthält eine genehmigungsbedürftige Verfügung im Sinne des § 1821 [1]. — β. Meisner Note 2c zu § 1821. Genehmigungsbedürftig ist die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung betreffs einer auf dem Mündelgrundstücke haftenden Hypothek als außergewöhnliche Maßnahme, die die Belastung verstärkt. — f) Belastung mit Nießbrauch. ElsLothNotZ. 25 81, ElsLothZ. 30 400 (Colmar). Wenn sich der Schenker eines Grundstücks bei der Auflassung an die minderjährigen Kinder den Nießbrauch vorbehält, so bedarf der Vertreter der Kinder zur Eintragungsbewilligung des Nießbrauchs nicht der obervormundschaftlichen Genehmigung (anders bei der Bestellung des Nießbrauchs nach vorbehaltloser Auflassung). — g) Vormerkung. α. Stintzing, SächsA. 15 11. Zur Begründung einer vormerkbaren Verbindlichkeit bedarf der Vormund u. U. der Genehmigung nach § 1821; diese Genehmigung enthält nach Treu und Glauben die Befugnis, die Bewilligung einer Vormerkung zu versprechen und sie zu bewilligen; denn der Vormund sichert dadurch nur die Erfüllung der übernommenen Pflicht. Das Grundbuchamt kann deshalb die Eintragung einer vom Vormunde bewilligten Vormerkung nicht verweigern; Schwierigkeit entsteht erst durch die Annahme, die Bewilligung sei Verfügung über ein Buchrecht. — β. Bendix, GruchotsBeitr. 49 530. § 1821 greift auch hinsichtlich der Bewilligung einer Vormerkung Platz, die sich als rechtsgeschäftliche Verfügung darstellt; der Eintrag betrifft das Eigentum oder sonstige Recht unmittelbar, bindet den jedesmaligen Rechtsträger in seiner Verfügungsbefugnis.

3. Verfügung, auf die ein Dritter ein Recht hat. Neumann (4) Note 1d vor § 1821 (u. Note 1d zu § 1821). Dadurch, daß das genehmigungspflichtige Geschäft in Erfüllung einer von dem Erblasser des Mündels begründeten Verbindlichkeit vorgenommen werden soll, wird die Genehmigung nicht entbehrlich; dieser Umstand ist aber von dem Vormundschaftsgerichte zu berücksichtigen (s. JDR. 3 zu § 1821 II 3).

4. Zwangsversteigerung. ZBlFG. 6 267, KGJ. 30 A 18, R. 05 509

(KG.). Der Antrag des Vormundes auf Zwangsversteigerung eines im Miteigentume des Mündels stehenden Grundstücks (§ 181 Abs. 2 Satz 2 ZVG.) ist hinsichtlich der obervormundschaftlichen Genehmigung einer Veräußerung gleichzuachten; er ist ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 55 Abs. 1 FGG. Deshalb kann die Genehmigung zurückgezogen werden, bis sie einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist; das ist aber erst der Fall mit dem Zuschlage, mit dem der Ersteher, die Miteigentümer und andere am Verfahren Beteiligte Rechte erlangen (vgl. §§ 29, 30 ZVG.).

5. Verfügung über Nachlaßgegenstände. — **a**) ZBlFG. **6** 453, KGJ. **30** A 299, SeuffBl. **05** 650 (BayObLG.). Der Nachlaßverwalter bedarf zu Geschäften der in §§ 1821, 1822 bezeichneten Art der Genehmigung des Nachlaßgerichts; trifft der Verwalter in Kenntnis der Überschuldung des Nachlasses eine genehmigungsbedürftige Verfügung, so kann das Gericht die Genehmigung versagen, weil er, statt die Verfügung zu treffen, die Konkurseröffnung hätte beantragen sollen; die Pflicht, Konkurs zu beantragen, kann aber dem Verwalter von den (bekannten) Gläubigern erlassen werden (s. auch Neumann (4) zu § 1985 Ziff. 2a). — **b**) Josef, DNotV. **05** 330 ff., spricht sich für Notwendigkeit obervormundschaftlicher Genehmigung zur Verfügung über ein Grundstück eines Nachlasses, der einem Mündel als Miterben angefallen ist, aus, da an diesem Grundstücke doch dem Miterben Miteigentum zusteht, wenn er auch über seinen Anteil am Grundstücke nicht verfügen kann (s. JDR. **3** zu § 1821 II 6).

6. BöhmsZ. **15** 333 (KG.). Soweit der Vormund neben dem Lehnskurator (§ 996 II. 18 ALR.) bei einem Rechtsgeschäft mitzuwirken hat (§§ 998, 1000, 1001 ff. ALR.), unterliegt er den allgemeinen vormundschaftlichen Grundsätzen, und zwar nicht desjenigen Landes, in welchem der Rechtsakt vorgenommen werden soll, sondern welchem die Vormundschaft angehört, d. h. wo dieselbe geführt wird. — Was von dem Erfordernis der Genehmigung zu Verfügungen über Vermögen gilt, welches im unbeschränkten Eigentume des Mündels steht, muß auch gelten, wenn dem Mündel nur das geteilte (Ober- oder Unter-) Eigentum zusteht.

7. **a**) Meisner Note zu § 1821. Die Entgegennahme der Auflassung des für den Mündel erworbenen Grundstücks ist nicht genehmigungsbedürftig (s. JDR. **1** zu § 1821 II 5 und **3** zu § 1643 Ziff. 2c). — **b**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1821 Ziff. 2d treten der JDR. **3** zu § 1821 II 7 mitgeteilten Ansicht v. Blumes bei, daß Grundstückserwerb auf Grund einer Schenkung mit Auflage nur dann der Genehmigung bedarf, wenn die Auflage sich als Gegenleistung darstellt.

8. BadRpr. **05** 52 (LG. Karlsruhe). Der Pfleger eines Ehemanns bedarf nicht der obervormundschaftlichen Genehmigung, wenn er zur Verfügung über ein zum eingebrachten Gute der Ehefrau gehöriges Grundstück nach §§ 1395, 1409 die ehemännliche Zustimmung erteilt, da diese Einwilligung weder eine Verfügung über ein Grundstück noch eine Verpflichtung dazu enthält, jedenfalls aber keine Verfügung über ein Mündelgrundstück (s. JDR. **2** zu § 1821 II 1a).

§ 1822. 1. Ziff. 2. Erbteilung. **a**) *Frese, R. **05** 334 ff. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Erbteilung setzt nicht voraus, daß ein von allen Erben unterschriebenes Schriftstück vorliegt; der Vertrag kann mündlich geschlossen, die Genehmigung auch vor dem schriftlichen Abschluß eingeholt werden. — **b**) ElsLothNotZ. **25** 64 (LG. Straßburg). Das Vormundschaftsgericht kann zum Nachweise darüber, daß sämtliche Erben bei der Teilung mitgewirkt haben, nicht die Beibringung eines Erbscheins von den Beteiligten verlangen; es muß erforderlichenfalls Ermittelungen nach § 12 FGG. anstellen und

Beweise erheben; die Pflicht, einen Erbschein vorzulegen, besteht nur in den gesetzlich bestimmten Fällen. — **c)** SeuffA. **60** 341 (KG.). Die Prüfung des Erbteilungsvertrags hat sich nicht nur auf die einzelnen Posten des Teilungsplans zu beziehen, sondern sich namentlich auch darauf zu erstrecken, ob trotz etwaiger Einzelbedenken nicht doch der Erbteilungsplan als Ganzes den Mündelinteressen ausreichend gerecht wird. Der Erbteilungsvertrag hat regelmäßig die Natur eines Vergleichs; dabei kann nicht jeder Miterbe alle Ansprüche voll durchsetzen und es ist nicht Aufgabe des genehmigenden Gerichts, lediglich einseitig in diesem Sinne zu wirken, vielmehr hat es auch die Kosten und Nachteile für den Mündel, die im Falle der Erledigung im Prozeßweg erwachsen, zu berücksichtigen. Billige Berücksichtigung bekannter Wünsche des Erblassers erscheint nicht unzulässig. Zu den nach § 2046 bei der Erbteilung zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten gehören auch moralische; Erhaltung eines Erbbegräbnisses kann aus sittlicher oder Anstandspflicht und nach örtlicher Gewohnheit sowie der Auffassung der Beteiligten geboten sein, in diesem Falle sind die Auslagen zu genehmigen.

2. Ziff. 3. Erwerbsgeschäft. **a)** Marcus, HoldheimsMSchr. **05** 282. Zur Bewilligung der Firmenfortführung ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Insofern die Geschäftsveräußerung die Übertragung der Firma nicht zu umfassen braucht, stellt die Übertragung des Rechtes auf Fortführung der Firma ein besonderes Veräußerungsgeschäft dar. Aber „das Recht zur Führung einer Firma", auch die nach § 22 HGB. erforderliche Einwilligung zur Fortführung einer Firma stellt kein Vermögensrecht dar, also entfällt die Notwendigkeit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung hierzu, wenn solche nur das Vermögensgeschäft der Geschäftsveräußerung deckt. — **b)** Die JDR **3** zu § 1822 3 b mitgeteilte Entscheidung des OLG. Kassel findet sich auch ZBlFG. **5** 626, OLG. **10** 11. — **c)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Ziff. 2 g β. Beteiligung als Kommanditist, stiller Gesellschafter, sowie Zeichnung einer Aktie ist nicht genehmigungsbedürftig (s. JDR. **1** zu § 1822 III 2 und **2** u. **3** zu § 1822 Ziff. 3. Vgl. Neumann (4) zu § 1822 II 3 b.

3. Ziff. 5. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Ziff. 2 i α rechnet Verträge, durch die der Mündel zu Ratenzahlungen verpflichtet wird, nicht unter § 1822 Ziff. 5 (s. JDR. **1** zu § 1822 V 1 und **3** zu § 1822 Ziff. 5). — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Ziff. 2 i γ. Wird der Vertrag für mehrere Mündel geschlossen, so ist die Zeitdauer für jeden Mündel gesondert zu berechnen (s. JDR. **1** zu § 1822 V 2).

4. Ziff. 6. Lehrvertrag. Die JDR. **3** zu § 1822 Ziff. 6 mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch PrVerwBl. **26** 350.

5. Ziff. 7. Gesindevertrag. Neumann (4) zu § 1822 II 7 a. § 1822[7] bezieht sich auch auf den Gesindevertrag; die die Vertretungsmacht regelnde Vorschrift gehört dem Vormundschaftsrechte, nicht dem Gesinderecht an. AA. v. Blume 7 zu § 1822 (§ 1822 Ziff. 7 ist auf Gesindeverträge unanwendbar), Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Note 2 k γ (§ 1822 Ziff. 7 ist auf Gesindeverträge anwendbar, wenn nicht das Landesgesetz [Art. 95 EGBGB.] anders bestimmt). S. JDR. **1** zu § 1822 VII 2.

6. Ziff. 10. Schuldübernahme. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Note 2 n halten Pfandbestellung für fremde Schuld nach dem Gesetzeswortlaut nicht für genehmigungsbedürftig. — **b)** Staudinger-Engelmann a. a. O. und Neumann (4) zu § 1822 II 10 c, d. Genehmigungsbedürftig sind auch Rechtsgeschäfte, deren gesetzliche Folge die Haftung für eine fremde Schuld ist, nicht aber die mit dem Erbschaftserwerbe kraft Gesetzes — ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung des Vormundes — eintretende Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten (s. JDR. **3** zu § 1822 Ziff. 10). — **c)** ZBlFG. **6**

463, PosMSchr. **05** 135, KGJ. **30** A 149 (KG.). Die Genossenschaft mit beschränkter Haftung hat selbständig ihre Rechte und Pflichten. Ihre Verbindlichkeiten gegenüber Dritten sind daher für den Beitretenden fremde Verbindlichkeiten im Sinne des § 1822. Eine rechtsgeschäftliche Übernahme solcher Verbindlichkeiten liegt auch vor, wenn sie gesetzlich notwendige Folge des Beitrittes ist; das Recht der Gläubiger aus §§ 141, 122 GenG., die Genossen unter gewissen Voraussetzungen unmittelbar in Anspruch zu nehmen, ist aber ein ihnen persönlich zustehendes Forderungsrecht, dem eine unmittelbare Haftung der Genossen für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft entspricht. Der Beitritt enthält also die rechtsgeschäftliche Übernahme fremder Verbindlichkeiten, ist also nach § 1822 [10] genehmigungsbedürftig.

7. Ziff. 11. Prokura. **a)** Neumann (4) zu § 1822 II 11 b, c und Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Ziff. 2 o. Die mit Genehmigung erteilte Prokura hat den im § 49 HGB. bestimmten Umfang. Die Erteilung einer Handlungsvollmacht bedarf obervormundschaftlicher Genehmigung nicht, durch sie werden aber auch keine größeren Rechte übertragen, als der Vormund hat (s. JDR. **3** zu § 1822 Ziff. 11 und **1** zu § 1822 XI). — **b)** Neumann (4) zu § 1822 II 11 a, Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Note 2 o, Meisner zu § 1822 Note 2, Planck zu 1822 Note 11. Durch den Eintrag der nicht genehmigten Prokura in das Handelsregister wird die Unwirksamkeit nicht geheilt. AA. Staub, HGB. § 48 Note 4.

8. Ziff. 12. Zwangsvergleich. Neumann (4) zu § 1822 II 12 b, c, Meisner Note 3 b u. c zu § 1822 und Staudinger-Engelmann (2) zu § 1822 Ziff. 2 p β, γ halten Prozeßvergleich und Zwangsvergleich im Konkursverfahren für genehmigungsbedürftig; Staudinger-Engelmann heben aber hervor, daß der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich doch für den Mündel bindend sei, wenn auch der Vormund ohne Genehmigung für den Vergleich gestimmt hat.

9. Ziff. 13. Aufgeben einer Sicherheit. Die JDR. **3** zu § 1822 Ziff. 13 a mitgeteilte Entscheidung KGJ. **27** A 171 findet sich auch OLG. **10** 10.

§ 1825. **a)** v. Blume, JheringsJ. **48** 443 ff. Grundsätzlich hat der Vormundschaftsrichter seine Genehmigung nur so zu erteilen, daß er den zu erzielenden Rechtserfolg prüft und dem Handelnden als Ziel bezeichnet. Die Zustimmung kraft Aufsichtsgewalt ist grundsätzlich Zustimmung zum einzelnen Rechtsgeschäft. Allgemeine Ermächtigung, so daß dem Vormunde die Verantwortung für das einzelne Geschäft überlassen wird, kann nur zu den im § 1825 bezeichneten Geschäften erteilt werden. — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1825 Ziff. 5. § 1825 findet auf den gemäß § 112 ermächtigten Mündel keine Anwendung (s. JDR. **1** u. **3** zu § 1825).

§ 1826. **a)** Die JDR. **3** zu § 1826 mitgeteilte Entscheidung des KG. findet sich auch OLG. **10** 24, RheinARV. **22** 12; ebenso Staudinger-Engelmann (2) zu § 1826 Ziff. 3, Neumann (4) zu § 1826 Ziff. 1. — Unger, BuschsZ. **34** 306 Note 168 versagt dem Gegenvormund Beschwerde wegen unterlassener Anhörung. — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1826 Ziff. 1. § 1826 bezieht sich auch auf die Fälle des § 1812 Abs. 2. Ebenso Glatzer, GruchotsBeitr. **49** 568 [32] (s. JDR. **1** zu § 1826).

§ 1828. I. Erklärung der Genehmigung. 1. *Goldberg 30 ff. Eine entgegen der Vorschrift des § 1828 erfolgte Mitteilung der Genehmigungsverfügung ist ohne jede privatrechtliche Bedeutung.

2. Staudinger-Engelmann (2) Note 3 u. 4 zu § 1828. Der Vormund kann einen Dritten (insbesondere den Notar) zur Entgegennahme der Genehmigung bevollmächtigen. — Note 4. Die Bekanntmachung an den Vormund

kann auch durch eine andere Behörde erfolgen, die aber wenigstens stillschweigend von dem Vormundschaftsgerichte darum ersucht sein muß (s. IDR. 3 zu § 1828 I).

3. RG. 59 277 ff., IW. 05 82, PucheltsZ. 05 250. Die Genehmigung kann nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden. Wenn auch die Genehmigung an keine Form gebunden ist, also auch stillschweigend durch schlüssige Handlungen erklärt werden kann, so müssen die Handlungen doch wieder gegenüber dem Vormunde so vorgenommen werden, daß dieser erkennen kann, es solle darin die Genehmigung enthalten sein. Dies trifft nicht zu, wenn das Vormundschaftsgericht eine Ausfertigung des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts dem Grundbuchamte zur Eintragung darin bewilligter Rechte übersendet; die seitens des Grundbuchamts gemäß § 55 GBO. erlassene Bekanntmachung ersetzt nicht die Erklärung des Vormundschaftsgerichts an den Vormund, daß es das Geschäft genehmigt habe. Solange das Vormundschaftsgericht die Genehmigung nicht gegenüber dem Vormund erklärt hat, kann es darüber anderweitig beschließen, die Genehmigung gilt solange als nicht erteilt.

4. Staudinger-Engelmann Note 7 zu § 1828. § 1828 gilt auch für den Fall, daß der Mündel selbst mit Zustimmung des Vormundes ein Geschäft vornimmt. Als Gegenstand der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung erscheint die Vornahme des Rechtsgeschäfts selbst (Breit, ZBlFG. 4 399 ff.), nicht das einseitige Geschäft der Zustimmungserklärung, so daß dieser die obervormundschaftliche Genehmigung nicht vorauszugehen braucht.

II. Beschwerderecht 1. des Mündels. *Goldberg 48 ff., 54 ff. α. Die Beschwerde gegen Verfügungen des Vormundschaftsgerichts über seine zu Rechtsgeschäften erforderliche Genehmigung wird begründet durch die Beeinträchtigung des subjektiven Rechtes des Mündels auf „gesetz- und sachgemäße Entscheidung" (Josef) über die Genehmigung zu Rechtsgeschäften, das als Korrelat der zweifellos (vgl. §§ 55, 62 FGG.) generell zugelassenen Beschwerde entspricht. — Gegen die Fassung Breits, ZBlFG. 4 487 (s. IDR. 3 zu § 1828 I), ist einzuwenden, daß ein subjektives Recht auf ordnungsgemäße Führung der Obervormundschaft in der angegebenen Allgemeinheit nicht besteht, bzw. nicht allgemein anerkannt ist (48). — β. Auch die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung kann das genannte subjektive Recht des Mündels beeinträchtigen; vgl. § 1827 BGB., § 59 FGG. (54).

2. des Vertragsgegners. a) Die IDR. 3 zu § 1828 II 3a mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch R. 05 116. — b) *Glatzer, GruchotsBeitr. 49 565, 569. Das Vormundschaftsgericht ist nicht verpflichtet, auf Anträge des Vertragsgegners des Mündels, die z. B. eine Ersatzgenehmigung nach § 1812 Abs. 2 oder 3 betreffen, eine sachliche Entscheidung zu fällen, ebensowenig wie dem Vertragsgegner eine Beschwerde bei Verweigerung der vom Vormunde beantragten Ersatzgenehmigung zusteht, derselbe vielmehr auf den Klageweg angewiesen ist, z. B. zur Erlangung einer Quittung (der Klageweg steht auch nach Ablehnung der Ersatzgenehmigung offen). — c) Staudinger-Engelmann (2) Note 5b zu § 1828 verneint das Beschwerderecht des Vertragsgegners, auch wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts der Verwirklichung eines Rechtsanspruchs des Dritten dienen soll. Ebenso Neumann (4) Note 2 aE. zu § 1828. — Unger, BuschsZ. 34 297 Note 143. Der Geschäftsgegner des Vertretenen ist nicht beteiligt, das Geschäft ist nur insoweit Gegenstand der Fürsorge des Vormundschaftsgerichts, als es Rechtshandlung des Mündels ist und dessen Vorteil bezielt.

3. eines Dritten. MecklZ. 24 51 (Rostock) versagt auch einem Dritten, der durch einen Vertrag angeblich in seinem Rechte beeinträchtigt ist, das Beschwerderecht gegen vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach erfolgter Mit-

teilung an den anderen Teil, auf Grund der §§ 55, 62, 63 FGG. (vgl. IDR. 3 zu § 1828 II 3).

§ 1829. 1. Mitteilung als Mittel der Herbeiführung materieller Wirksamkeit der Genehmigung oder Verweigerung. Josef, ZBlFG. 5 649 ff. War die Mitteilung über die Verweigerung der Genehmigung seitens des Vormundes bloß nachrichtlich erfolgt, so kann der Vormund Beschwerde einlegen und der Dritte die Weiterverfolgung der Sache in die höhere Instanz nicht durch seinen Widerspruch hindern. (AA. Josef, ZBlFG. 5 203 ff., IDR. 3 zu § 1829 Ziff. 1 b α.) Im Zweifel ist aber eine Mitteilung als bloß tatsächliche aufzufassen, die der Abänderung nicht entgegensteht. Das Beschwerdegericht hat festzustellen, in welchem Sinne die Mitteilung gemacht ist und im Zweifel die Abänderlichkeit anzunehmen. Die Mitunterzeichnung der Beschwerde durch den Dritten dient dieser Feststellung, indem sie dessen Auffassung von dem Fortbestand des Vertrags kundgibt. Die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts hindert nicht den Einwand des Dritten, daß schon vorher der Vertrag durch Mitteilung von der Verweigerung beseitigt, die spätere Genehmigung also wirkungslos sei (s. IDR. 3 zu § 1829 Ziff. 1).

2. Verzicht auf die Mitteilung oder Ersatz derselben im Wege der Vollmachtserteilung. — **a)** Staudinger-Engelmann zu § 1829 Ziff. 3 b γ. Verzicht auf die Mitteilung ist in dem Sinne zulässig, wie bei der Vertragsschließung nach § 151 betreffs der Annahmeerklärung, daß nämlich dem Vormunde gestattet wird, seinen Entschluß, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, in anderer Weise als durch Mitteilung derselben zu betätigen (s. IDR. 1 zu § 1829 Ziff. 2 a). — **b)** *Goldberg 82. Von dem Erfordernis einer ausdrücklichen „Mitteilung" ist abzusehen, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Vormund in Gegenwart der Gegenpartei bekannt gemacht ist. — Ein vertragsmäßiger Verzicht auf die „Mitteilung" der Genehmigung an die Gegenpartei und die Vereinbarung, daß mit der gerichtlichen Bekanntmachung der Genehmigung an den Vormund der Vertrag wirksam sein solle, ist unzulässig. — **c)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1829 Ziff. 3 b β. Ist der Notar von dem Vormund zur Mitteilung der Genehmigung, von dem anderen Teile zur Entgegennahme der Mitteilung bevollmächtigt, so kommt der Vertrag dadurch zustande, daß der Notar nach Zugang der obervormundschaftlichen Entscheidung irgendeine Handlung vornimmt, die nach außen kundtut, daß er als Bevollmächtigter des anderen Teiles von der Entscheidung Kenntnis genommen hat, z. B. Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamte. Der Notar kann seine Mitteilung nicht selbst beurkunden, wohl aber die Erklärung des anderen Teiles, daß derselbe durch den Notar als Vertreter des Vormundes die Mitteilung erhalten habe (s. IDR. 3 zu § 1829 Ziff. 2 b, c). — **d)** In einer Besprechung der Schrift Goldbergs, insbesondere im Anschluß an Goldbergs Ansicht, daß der früheste Zeitpunkt der Wirksamkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung mit dem Augenblicke zusammenfalle, in dem der von beiden Parteien (mit Empfangnahme und Mitteilung der Genehmigung und Entgegennahme dieser Mitteilung) bevollmächtigte Notar von der Verfügung wirklich Kenntnis nehme, führt *Fuchs, GruchotsBeitr. 49 704 ff. aus: Die Wirksamkeit eines der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfenden Vertrags tritt in dem Falle, wenn der Vertrag von einem Notar beurkundet ist und der Vormund den Notar zur Empfangnahme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und zu deren Mitteilung an die Gegenpartei und wenn ferner die Gegenpartei ebenfalls den Notar zur Entgegennahme der Mitteilung der Genehmigung ermächtigt hat, nicht schon mit dem Zugehen der Genehmigung an den Notar ein, auch noch nicht mit dessen Kenntnisnahme vom Inhalte der Genehmigung.

Denn wenn der Notar auch jetzt den Willen haben kann, auf Grund der ihm erteilten Ermächtigung zur Mitteilung der Verfügung an die Gegenpartei den Vertrag zu perfizieren, so genügt doch das bloße Fassen dieses Entschlusses nicht. Der Notar kann zwar hier nach BGB. § 181 das Rechtsgeschäft mit sich selbst als Vertreter der Gegenpartei vornehmen, aber es bedarf eben der Vornahme. Der Wille des Vertreters, von der ihm erteilten Rechtsmacht Gebrauch zu machen, muß sich betätigen, in die Erscheinung treten, z. B. durch Mitteilung des Notars über den Empfang der Genehmigung an die Parteien oder durch einen Vermerk zu seinen Akten.

3. Stillschweigende Mitteilung. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1829 Ziff. 3bδ. Die Mitteilung kann auch stillschweigend erfolgen (s. JDR. **3** zu § 1829 Ziff. 3). Vgl. MecklZ. **24** 52 (Rostock) (Bekanntmachung durch das Gericht an den Vormund in Gegenwart des anderen Teiles kann nach dem Verhalten des Vormundes als eine von diesem gewollte und ausgehende Mitteilung an den anderen Teil aufgefaßt werden); vgl. auch LG. Stettin, PosMSchr. **05** 91.

4. Wirkung der Mitteilung. — **a**) Neumann (4) zu § 1829 Ziff. 1 und Staudinger-Engelmann zu § 1829 Ziff. 5. Die Mitteilung der Verweigerung beseitigt den Vertrag endgültig uud dieser kann auch nicht durch Vereinbarung der Zurücknahme der Mitteilung wiederhergestellt werden (s. JDR. **3** zu § 1829 Ziff. 4a, b). — **b**) Rückwirkung. — α. *Goldberg 56 ff., 87 ff. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden kann, ist Staatsakt; die den Vertrag perfizierende „Mitteilung der Genehmigung an den anderen Teil" ist Rechtsgeschäft. Nicht das Vormundschaftsgericht, sondern der Vormund genehmigt in Wirklichkeit den Vertrag. Nur mit Rücksicht auf diese rechtliche Analyse hat die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung rückwirkende Kraft. — β. *v. Blume, JheringsJ. **48** 428 ff. Die Bedeutung der „Mitteilung" liegt darin, daß der Vormund, wenn er die obervormundschaftliche Genehmigung und damit Vertretungsmacht erhalten hat, namens des Mündels den Vertrag bestätigt, während Gesetze und Anordnungen keine rückwirkende Kraft haben und deshalb auch das Vormundschaftsgericht selbst durch nachträgliche Genehmigung den vom Vormund ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag nicht wirksam machen kann. Auch der mündig gewordene Mündel kann bestätigen, nicht an Stelle des Vormundschaftsgerichts, wie § 1829 Abs. 2 unrichtig sagt, aber an Stelle des Vormundes.

5. Keine Pflicht zur Mitteilung. — **a**) Die JDR. **3** zu § 1829 Ziff. 6 mitgeteilte Entscheidung des OLG. Kassel findet sich auch ZBlFG. **5** 626 und OLG. **10** 11. — **b**) Staudinger-Engelmann (2) Note 2 zu § 1829. Die vorher erteilte Genehmigung befähigt den Vormund nur zum wirksamen Vertragsschlusse, verpflichtet ihn aber nicht dazu (s. JDR. **3** zu § 1829 Ziff. 6).

6. Abs. 2. **a**) Staudinger-Engelmann zu § 1829 Ziff. 3cγ. Vertragsmäßige Verlängerung oder Verkürzung der Frist des Abs. 2 ist zulässig (s. JDR. **3** zu § 1829 Ziff. 7). — **b**) *Goldberg 76. Der Vormund kann den Vertrag durch die „Mitteilung" nicht mehr perfizieren, wenn der Gegenkontrahent nach Treu und Glauben die Mitteilung nicht mehr zu erwarten braucht.

7. Abs. 3. **a**) Staudinger-Engelmann zu § 1829 Ziff. 3a, e. Der Mündel hat die Genehmigung dem anderen Teile zu erklären; die zweiwöchige Frist, die dem Vormunde gegenüber begonnen hat, läuft auch dem Mündel gegenüber weiter. Das Genehmigungsrecht geht auf die Erben des Mündels über, es sei denn, daß aus dem Vertrage das Gegenteil zu entnehmen ist. — **b**) Neumann (4) Note 2 zu § 1829. Der Erbe kann genehmigen, vorausgesetzt, daß nach der Auslegung des Vertrags der andere Teil dem Erben gegenüber ge-

bunden sein wollte (s. IDR. 3 zu § 1829 Ziff. 8). — c) *Goldberg 83 ff. Eine Perfektion des Vertrags nach Beendigung der Vormundschaft durch „Mitteilung" der Genehmigung ist auf Grund der §§ 1893, 1682 BGB. unter den dort angegebenen Voraussetzungen möglich, jedoch nur dann, wenn dem Vormunde vor Beendigung der Vormundschaft die Genehmigungsverfügung rechtswirksam bekannt gemacht worden ist.

8. Einfluß der Wirksamkeit auf Stempel und Gebühren. LGPräs. Mainz v. 1. 2. 05, HessRspr. **6** 103. Rechtsgeschäfte, welche von Rechts wegen der Genehmigung einer Behörde unterliegen, sind vor der Erteilung der Genehmigung nicht zu verstempeln. Vgl. das. auch Beschl. JustMin. (grh.hess.) v. 5. 10. 05 (s. IDR. **3** zu § 1829 Ziff. 9).

§ 1830. a) Staudinger-Engelmann (2) Note 3 zu § 1830. Es genügt objektiv unwahre Behauptung der Genehmigung bei, nicht nach dem Vertragsschlusse (s. IDR. 3 zu § 1830). — **b**) Staudinger-Engelmann (2) Note 4 zu § 1830 halten die von Breit, ZBlFG. **4** 592, angenommene analoge Anwendung des § 179 im Falle, daß der Vormund einen genehmigungsbedürftigen Vertrag schließt, ohne die Genehmigung zu erlangen, im Hinblick auf die spezielle Regelung der obervormundschaftlichen Genehmigung in den §§ 1829 ff. für unzulässig (s. IDR. 3 zu § 1830).

§ 1831. 1. Zeitpunkt, in dem die Genehmigung vorhanden sein muß. — **a**) ElsLothNotZ. **25** 39, ElsLothZ. **30** 300 (Colmar). Nach Einreichung des Antrags auf Löschung der Hypothek beim Grundbuchamt kann die obervormundschaftliche Genehmigung nicht mehr mit der Wirkung erteilt werden, daß die vorher unwirksame Löschungsbewilligung wirksam wird. Ebenso ElsLothNotZ. **25** 87, Els.LothZ. **30** 320 (Colmar). — **b**) KGJ. **29** A 40 s. o. § 111 (vgl. auch IDR. **2** zu § 1831 Ziff. 3).

2. Schriftliche Form und Zurückweisungsbefugnis. **a**) *Goldberg 67. Der Forderung der „schriftlichen Form" wird nur Genüge getan, wenn entweder eine Abschrift der gerichtlichen Genehmigungsverfügung in beweisender Form oder das Original bzw. das Original oder eine beglaubigte Abschrift der Mitteilung an den Vormund, daß die Genehmigung erteilt sei, vorgelegt wird. — **b**) Oettinger, Der Begriff Unwirksamkeit 22 ff.: § 1831 stellt einen Fall von Unwirksamkeit dar, der nicht Nichtigkeit sein kann. Ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, welches der Vorschrift zuwider ohne schriftliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ➛ gemeint ist wohl: ohne Vorlegung der Genehmigung in schriftlicher Form. — Red. ⟵ vorgenommen wird, ist gültig und zunächst wirksam und bleibt auch wirksam, wenn der andere nicht ohne schuldhaftes Zögern das Geschäft zurückweist; bis zur Zurückweisung ist es gültig. Bei erfolgter Zurückweisung liegt nicht etwa ein infolge Anfechtung nichtiges Geschäft vor: es geht dies daraus hervor, daß auch nach Verzicht auf die Zurückweisung das Rechtsgeschäft, welches nun gültig und wirksam war, seine Wirksamkeit wieder verlieren kann, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts versagt wird. — Dagegen Kloß, ZBlFG. **6** 352: § 1831 Satz 2 trifft den Fall, daß die Genehmigung tatsächlich vorliegt, nur nicht in schriftlicher Form vorgelegt wird, so daß späteres Versagen der Genehmigung nicht vorkommen kann und damit die Schlußfolgerung Öttingers hinsichtlich der Wirkung der Versagung auf das mangels unverzüglicher Zurückweisung wirksame Rechtsgeschäft wegfällt. — **c**) *Goldberg 68 ff. Die Vorschrift des § 1831 Satz 2 ist nicht auf Rechtsgeschäfte zu übertragen, welche Behörden gegenüber vorzunehmen sind. — Ebenso Staudinger-Engelmann (2) zu § 1831 Ziff. 6a (s. IDR. **3** zu § 1831 Ziff. 3).

3. Erbschaftsausschlagung. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1831

Ziff. 4a sind entgegen den IDR. **3** zu § 1831 [3] mitgeteilten Meinungen der Ansicht, daß die Erbschaftsausschlagung bei nicht rechtzeitigem Eingang der obervormundschaftlichen Genehmigung nicht ermöglicht werden kann, und verweisen lediglich auf den Schadensersatzanspruch gegen den Richter (§ 1848).

4. Anwendungsgebiet. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1831 Ziff. 5 wenden § 1831 Satz 1 auch auf genehmigungsbedürftige Anträge an Behörden an, z. B. § 14a StAG., § 181 Abs. 2 Satz 2 ZVG., soweit sich nicht aus der fraglichen Bestimmung selbst (vgl. z. B. BörsG. §§ 58, 64 Abs. 1) das Gegenteil ergibt (s. IDR. **3** zu § 1831 Ziff. 4b). — **b)** *Goldberg 60ff. Die Vorschrift gilt allgemein nur für Privatrechtsgeschäfte; sie findet insbesondere keine Anwendung in den Fällen der §§ 612 Abs. 2 und 641 Abs. 2 ZPO. — **c)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1831 Ziff. 2. § 1831 findet auch Anwendung, wenn das genehmigungsbedürftige einseitige Rechtsgeschäft von dem Mündel selbst mit Einwilligung des Vormundes vorgenommen wird; die obervormundschaftliche Genehmigung muß der Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Mündel vorhergehen, kann aber der Erteilung der Einwilligung nachfolgen, da letztere zwar ein einseitiges Rechtsgeschäft, aber „kein vom Vormunde vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 1831 ist, vielmehr als Bestandteil des vom Mündel vorgenommenen Geschäfts betrachtet wird. — **d)** ZBl. FG. **5** 713 (Dresden). Die Abänderung der Kündigungsbestimmungen einer Hypothek erfolgt durch Vertrag (nicht durch einseitige Erklärung), durch diesen allein werden sie rechtswirksam, ohne Eintragung in das Grundbuch, die nur gegen den guten Glauben Dritter Schutz gewährt. Nur der Vertrag, nicht die Bewilligung der Eintragung enthält deshalb eine Verfügung über die Forderung, so daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung auch nachträglich erteilt werden kann.

§ 1833. Vgl. zu § 1797 Lion, Mitvormundschaft. — 1. Verschulden im Falle der Bestellung eines Vertreters. Staudinger-Engelmann (2) Note 6 zu § 1833. Es ist nach den Umständen zu beurteilen, ob die Übertragung einer einzelnen Angelegenheit an einen Dritten zur Erledigung eine Pflichtverletzung des Vormundes ist; ist die Übertragung zulässig, so haftet der Vormund nur für den Schaden, der durch schuldhafte Auswahl eines ungeeigneten Dritten oder Versäumnis der erforderlichen Unterweisung oder Überwachung des Dritten dem Mündel erwächst (s. IDR. **3** zu § 1833 Ziff. 2).

2. Ausschluß des Verschuldens durch obervormundschaftliche Genehmigung. **a)** Die IDR. **3** zu § 1833 Ziff. 3 mitgeteilte Entscheidung des RG. findet sich auch GruchotsBeitr. **49** 368, SeuffA. **60** 368. — **b)** *Goldberg 56 ff. Die Unterlassung des Gebrauchs der dem Vormunde durch die Genehmigungsverfügung erteilten Rechtsmacht begründet nicht ohne weiteres ein Verschulden.

3. Geschäftsbeschränkter Vormund. **a)** Neumann (4) Note II 2 zu § 1781. Für die Haftung des geschäftsbeschränkten Vormundes wird § 682 entsprechend anzuwenden sein (aushilfsweise Haftung des Richters (s. IDR. **3** zu § 1833 Ziff. 4). — **b)** Staudinger-Engelmann (2) Note 7 zu § 1833. §§ 827, 828 sind, wie gemäß § 276 Abs. 1 Satz 3 auf den Schuldner im Obligationsverhältnis, auch auf Vormund und Gegenvormund anwendbar, deshalb ist für Heranziehung des § 682 kein Bedürfnis; im übrigen berühren Unfähigkeits- und Untauglichkeitsgründe die Verantwortlichkeit nicht. — Neumann (4) Note II 2 zu § 1781 will den § 682 entsprechend anwenden (s. IDR. **3** zu § 1833 Ziff. 4).

4. Verjährung. Meisner Note 2 zu § 1833. Die Ansprüche des Mündels gegen den Vormund verjähren in 3 Jahren (§ 852), da sie nicht quasi-

kontraktlicher Natur sind, sondern auf der Verletzung der gesetzlich begründeten Pflicht der Amtsführung beruhen. AA. v. Blume, Note 9 zu § 1833, Staudinger-Engelmann Note 4a zu § 1833 (30 Jahre), s. IDR. 3 zu § 1833 Ziff. 5.

5. Mehrere Haftbare. Staudinger-Engelmann (2) Note 10 zu § 1833, v. Blume Note 6 zu § 1833. § 1833 Abs. 2 ist auf den Fall, daß ein Dritter neben dem Vormunde haftet, nicht zu beziehen (s. IDR. 1 zu § 1833 II 1).

§ 1835. 1. Ersatz für Zeitversäumnisse. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1835 Ziff. 2cd. Ersatzanspruch für Zeitversäumnis haben nur die Personen, nach deren Erwerbsart ein bestimmter Zeitabschnitt einem bestimmten Geldäquivalente gleichsteht. Im übrigen ist Verwendung der Arbeitskraft bei anderen als Berufsarbeiten keine Aufwendung (s. IDR. 3 zu § 1835 Ziff. 1b).

2. Schadensersatz. Staudinger-Engelmann (2) Note 4 zu § 1835 nehmen an, daß die IDR. 3 zu § 1835 Ziff. 2 mitgeteilte Ansicht v. Blumes zwar der Billigkeit entspreche, aber keine genügende Stütze im Gesetze finde, ein Anspruch des Vormundes auf Ersatz jedes durch Führung der Vormundschaft erlittenen Schadens also nicht bestehe.

3. Pflicht des Vormundes bzw. Armenverbandes zur Tragung von Portokosten und ähnlichen Aufwendungen. **a)** α. Fuchs, ZBlFG. **5** 538 ff. Der Vormund ist dem Mündel gegenüber zur Frankierung der Schreiben an das Vormundschaftsgericht nicht verpflichtet (§§ 1835, 669). — Kann der Vormund sich die Mittel zur Frankierung durch Angehen unterhaltspflichtiger Verwandter oder des Armenverbandes verschaffen, so ist er dazu verpflichtet. Erhält er diese Mittel nicht und ist ihm nach Lage der Umstände nicht zuzumuten, das Schreiben bei Gericht zu überreichen, und kann er es auch nicht durch andere unentgeltlich überbringen lassen oder zu Protokoll des Gemeindewaisenrats erklären, so könnte er beim Mangel eines Vorschusses die Berichterstattung ganz unterlassen, wenn er Porto vorlegen müßte. Er darf aber in solchem Falle in unfrankiertem Briefe berichten, das Gericht kann nicht die Einziehung des Portos von dem Vormunde veranlassen, da dieser nicht im Sinne des § 5 Nr. 4 d. GeschäftsO. f. d. Gerichtsschr. d. AG. v. 26. 11. 99 zur Frankierung verpflichtet ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob eine Frankierungspflicht gegenüber der Post, sondern ob eine solche gegenüber dem Gerichte besteht. Nach § 1835 ist letzteres zu verneinen. Der Vormund ist ohne eigenes Interesse, er handelt nur im Interesse des Mündels und des Staates; wird von dem Vormunde die mit Kosten verbundene Erfüllung von Pflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde verlangt, so bleibt nur übrig, daß der Staat diese Kosten zunächst übernimmt, da sie der vermögenslose Mündel nicht übernehmen kann, der Vormund nicht zu übernehmen braucht; der Staat verauslagt hier aber nur das Porto vorbehaltlich des Erstattungsanspruchs an den Mündel, weshalb auch der Vormund, der das Porto selbst verauslagt hat, nicht vom Staate, sondern nur vom Mündel Ersatz verlangen kann. — AA. Götte, ZBlFG. **5** 859. Dem Empfänger gegenüber ist grundsätzlich jeder zur Freimachung verpflichtet. Ausnahmen bestehen nur nach JMinVf. v. 31. 8. 75 verb. m. 21. 4. 94 (PrJMBl. **75** 196 u. **94** 107), 11. 6. 70 (JMBl. 202) u. 17. 12. 70 zugunsten der Gemeinden, Pfarrer und Standesbeamten in gewissen Fällen, nicht aber für die Vormünder; § 1835 regelt nur das Verhältnis zwischen Vormund und Mündel. — Dagegen wieder Fuchs, ZBlFG. **6** 254. § 1835 regelt auch das Verhältnis zum Vormundschaftsgerichte, da auch das, was der Vormund dem Gerichte gegenüber zu tun hat, unter den Begriff „Führung der Vormundschaft" fällt; § 1835 statuiert also auch eine Ausnahme von der Freimachungs-

pflicht gegenüber dem Empfänger, auch wenn diese Bestimmung des geltenden Rechtes nicht noch durch besondere Ministerialverfügung eingeschärft ist. — β. Über die Behandlung der dem Gericht erwachsenen Portoauslagen in vermögenslosen Vormundschaften in Bayern Beck, JustdRundsch. 4 87. — b) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1835 Ziff. 5. Der Vormund darf pflichtmäßige Handlungen nicht unterlassen, weil er wegen Unvermögens des Mündels voraussichtlich keinen Ersatz der Aufwendungen erhalten wird; er kann unterhaltspflichtige Verwandte oder die Armenpflege in Anspruch nehmen, die Berichte bei Gericht oder Gemeindewaisenrat zu Protokoll erklären; Haftung des Staates für Aufwendungen und Portofreiheit besteht nicht (s. JDR. 1 zu § 1835 Ziff. 4 und o. zu § 1800 II). — c) Wirtz, DJZ. 05 165. Die Verpflichtung zu unentgeltlicher Führung der Vormundschaft bezieht sich nur auf Zeit und Arbeitskraft, zu baren Auslagen ist der Vormund nicht verpflichtet, er kann vielmehr Vorschuß oder Ersatz verlangen (§ 1835). Da bei vermögenslosen Vormundschaften Vorschuß aus dem Mündelvermögen nicht gewährt werden kann, darf der Vormund jede mit baren Auslagen verbundene Leistung verweigern, er ist aber dann verpflichtet, die unterstützungspflichtige Gemeinde um Vorschuß anzuhalten, wie er von dieser auch Ersatz seiner Auslagen fordern kann. — Hiergegen Frankenberg, DJZ. 05 300 f. Aufwendungen für Erziehungsberichte, Reisen des Vormundes zum Gericht und ähnliche Schritte, die nur vom Standpunkte der vormundschaftlichen Verwaltung aus geboten erscheinen, hat der Armenverband nicht zu tragen oder zu ersetzen, da hierbei keine Hilfsbedürftigkeit im Sinne des UWG. in Frage steht (anders Abholung des Mündels zwecks Überführung nach einem geeigneten Unterkunftsorte); der Vormund hat sich zwecks Erlangung eines Vorschusses daher nicht an die Armenbehörde, sondern an den Richter zu wenden und kann dabei nur die Gemeindebehörde (aber nicht als Armenbehörde) um Vermittelung angehen. AA. Götte, ZBlFG. 5 860, da, wenigstens in Preußen, nicht einzusehen sei, woher das Gericht die Mittel nehmen soll. — Auch Fuchs, ZBlFG. 5 543, rechnet wenigstens die Portokosten für die Erziehungsberichte des Vormundes an das Gericht nicht zum Lebensunterhalt im Sinne des UWG. — Ebenso verneint Pitel, ZBlFG. 5 544, sowohl hinsichtlich des Armenverbandes als des zu bloß notdürftigem Unterhalte verpflichteten Verwandten die Pflicht zur Tragung der Portokosten.

§ 1836. 1. Bedeutung der Festsetzung der Vergütung (s. JDR. 3 zu § 1836 Ziff. 1a). a) KGJ. 29 A 22 (KG). Der Anspruch auf Vergütung entsteht erst mit der Festsetzung und kann erst nach erfolgter Festsetzung im Prozeßwege geltend gemacht werden. Der Anspruch auf Auslagenersatz richtet sich nach §§ 669, 670 BGB. und ist im Prozeßwege zu verfolgen; das Vormundschaftsgericht kann nur einen Akt der Vermittelung bei der Rechnungsabnahme im Sinne des § 1892 Abs. 2 üben, indem es die in Ansatz gebrachten Auslagen prüft und in gewisser Höhe anerkennt, vorbehaltlich des Prozeßwegs über Erstattungsfähigkeit und Höhe. Bei dieser Verschiedenheit der beiden Ansprüche ist es der Natur der Sache nach unzulässig, Vergütung und Auslagen in einer Pauschalsumme festzusetzen, die keine Unterlage für das weitere Verfahren bietet, da nur die Festsetzung der Vergütung durch Beschwerde (§ 57 [7] FGG.) angefochten werden kann. — b) Staudinger-Engelmann (2) Note 4 zu § 1836. Der wirksam gewordene Beschluß, der eine Vergütung bewilligt, begründet einen Anspruch auf deren Entrichtung nach Ablauf des Zeitraums, für den sie bewilligt ist. Ist die die Vergütung ablehnende Verfügung wirksam geworden, so ist Beschreitung des Rechtswegs ausgeschlossen. Ist noch keine wirksame Entscheidung ergangen, so ist nach Beendigung der Vormundschaft Beschreitung des Rechtswegs zulässig. — c) Neumann (4) zu § 1836. Es be-

steht nicht dem Grunde nach ein Anspruch auf eine der Höhe nach durch richterliches Ermessen festzusetzende Vergütung. Ohne Festsetzung kein klagbarer Anspruch. Die Bewilligung ist nicht Vertragsschließung, sondern Amtsausübung.

2. Zeitgrenze der Befugnis des Vormundschaftsgerichts. — **a)** Meisner Note 2 zu § 1836. Keine Bewilligung einer Vergütung durch das Vormundschaftsgericht nach beendeter Vormundschaft (s. JDR. **3** zu § 1836 Ziff. 1 b). — **b)** ZBlFG. **6** 270, KGJ. **30** A 22, R. **05** 509 (KG.). Das Beschwerdegericht kann auch noch nach beendigter Vormundschaft die während ihres Bestehens bewilligte Vergütung ändern; sonst wäre jede Nachprüfung durch die Beendigung der Vormundschaft ausgeschlossen, da dem Prozeßrichter eine solche nicht zukommt; die Bestimmung im § 1836, daß die Vergütung jederzeit für die Zukunft geändert oder entzogen werden kann, bezieht sich nur auf eine Änderung durch das Vormundschaftsgericht von Amts wegen, nicht auf die zeitlich unbegrenzte Anfechtung im Beschwerdewege. Ob im Falle der Änderung der Vormund gegen den Anspruch auf Herauszahlung Einwendungen auf Grund des § 818 Abs. 3 BGB. erheben kann, entscheidet der Prozeßrichter. — **c)** ZBl. FG. **6** 285, KGJ. **30** A 88, R. **05** 541 (KG.). Die Honorarbewilligung für den Nachlaßpfleger kann der Erbe auch noch nach beendeter Pflegschaft und selbst nach erteilter Entlastung mit Beschwerde anfechten: Die Entlastungserklärung stellt sich nur als rechtsgeschäftliche Erklärung privater Natur dar, über deren Einwirkung auf den Honoraranspruch nur der Prozeßrichter zu entscheiden hat; nur in der Erklärung des Einverständnisses mit der pflegschaftlichen Verwaltung gegenüber dem Gerichte kann unter Umständen ein bindender Verzicht auf die Anfechtung der Honorarfestsetzung gefunden werden, den auch das Beschwerdegericht zu beachten hat.

III. Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.

Vorbemerkung: Die Frage der Selbständigkeit des Vormundes gegenüber dem Vormundschaftsgericht und die Grenzen des Einschreitens im Aufsichtswege sind wieder mehrfach untersucht worden. Dabei hat v. Blume seine schon früher im Anschluß an Dernburg vertretene Auffassung von der objektiven Pflichtwidrigkeit weiter ausgeführt und dahin präzisiert, daß bestimmten Verboten gegenüber auch schuldloses Handeln pflichtwidrig sei und das Gericht nicht eine Maßregel als zweckmäßig gebieten, wohl aber eine solche als unzweckmäßig verbieten könne. Der Dernburgschen Ansicht folgt Meisner. Dagegen vertreten Fuchs, Josef, Staudinger-Engelmann die Meinung, daß Pflichtwidrigkeit immer Verschulden erfordert.

Literatur: v. Blume, Das sog. Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes, JheringsJ. **49** 281 ff. — Fuchs, GruchotsBeitr. **49** 701 (zu § 1837). — Josef, Die Selbständigkeit des Vormundes und das Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts, ACivPrax. **97** 108 ff. (s. auch ZBlFG. **5** 826).

§ 1837. 1. Aufsichtsrecht und Selbständigkeit des Vormundes. — **a)** *v. Blume, JheringsJ. **49** 281 ff., verteidigt die schon in seinem Kommentar zum Vormundschaftsrecht (vgl. JDR. **3** zu § 1837 Ziff. 1 a) vertretene, von Dernburg (JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 1) zuerst aufgestellte Ansicht, daß die Annahme eines Prinzips der „Selbständigkeit des Vormundes" zu unrichtiger Gesetzesanwendung führe. Nur von Selbsttätigkeit des Vormundes dürfe geredet werden, denn der Vormund stehe unter Aufsicht des Vormundschaftsgerichts, das gegen Pflichtwidrigkeiten einzuschreiten habe. — Der Begriff der Pflichtwidrigkeit aber werde von der herrschenden Meinung (s. z. B. Josef, A. CivPrax. **97** 126) unrichtig bestimmt, da sie nur schuldhaftes Verhalten als pflichtwidrig betrachte (289). Zu unterscheiden sei vielmehr, ob es sich um eine Verbotsnorm oder eine Gebotsnorm des Gesetzes handle. — Gebotsnormen

weisen regelmäßig nur das Ziel, nach dem das Verhalten zu richten ist, die Wahl der Mittel dem Verpflichteten überlassend; hier ist Pflichtverletzung nur denkbar als unrichtiger Entschluß zum Handeln, unrichtiges seelisches Verhalten, Verschulden. Dagegen bezeichnet die Verbotsnorm bestimmt das pflichtwidrige Verhalten, so daß die Pflichtmäßigkeit des körperlichen Verhaltens unmittelbar an der Norm geprüft werden kann; hier ist Scheidung zwischen Pflichtwidrigkeit und Verschulden möglich. Handelt der Vormund dem bestimmten Verbote des Gesetzes zuwider, so handelt er pflichtwidrig, gleichgültig, ob ihm ein Verschulden zur Last fällt (292). Gebotsnormen gegenüber kann dagegen das Verhalten des Vormundes nur dadurch pflichtwidrig werden, daß er es bei seinen Entschließungen an der erforderlichen Sorgfalt fehlen läßt. Der Vormund handelt aber nicht nach pflichtgemäßem Ermessen, wenn er sich anders entschließt, als ein ordentlicher Vormund in gleicher Lage tun würde (294). Demnach sind unzweckmäßige Maßregeln pflichtwidrig und zu verbieten. Ob aber nur eine bestimmte Maßregel zweckmäßig ist, das zu entscheiden, ist der Vormundschaftsrichter zumeist nicht in der Lage. Daraus ergibt sich der Satz: der Vormundschaftsrichter ist nicht berechtigt, dem Vormund zu befehlen, welche Maßregel als zweckmäßig anzuwenden ist, wohl aber ist er berechtigt, dem Vormund eine bestimmte Maßregel als unzweckmäßig zu verbieten. — **b)** Josef, ACivPrax. **97** 108 ff., bespricht in einem Aufsatz über „Die Selbständigkeit des Vormundes und das Aufsichtsrecht des Vormundschaftsgerichts" die Entscheidungen des KG., OLG. **1** 366 (s. JDR. **1** zu § 1837 Ziff. 3), KGJ. **21** A 194 (s. JDR. **1** zu § 1800 I 1), OLG. **7** 422 (s. JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 3), OLG. **7** 126 (s. JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 3 a), OLG. **8** 359 (s. JDR. **3** zu § 1806 ff.) sowie des LG. Gießen HessRpr. **4** 116 (s. JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 3 b) und des BayObLG. (s. JDR. **3** zu § 1837 Ziff. 5 u. **2** zu § 1843) und gelangt zu dem Ergebnis: Nicht nur Zuwiderhandeln des Vormundes gegen ausdrückliche Gesetzesvorschriften oder besondere im Gesetze begründete Anordnungen des Gerichts oder des Erblassers rechtfertigt Einschreiten des Vormundschaftsgerichts, dessen Aufsicht erstreckt sich vielmehr über die gesamte Tätigkeit des Vormundes und es schreitet gegen Pflichtwidrigkeiten aller Art ein. Aufsicht und Einschreiten steht ihm deshalb auch insoweit zu, als es sich um die pflichtmäßige Ausübung der Entschließung des Vormundes in Zweckmäßigkeitsfragen handelt, z. B. wenn er bei Betätigung des Erziehungsrechts Wohlbefinden oder Gesundheit des Mündels gefährdet, oder verschwenderische Erziehungsausgaben auch nur beabsichtigt (Festsetzung der aufzuwendenden Erziehungskosten als vorbeugende Schutzmaßregel des Gerichts) oder zweifellos begründete Ansprüche des Mündelgläubigers nicht befriedigt. Ein Einschreiten ist aber nicht mit Dernburg (s. JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 1) schon für zulässig zu erachten, wenn das Gericht die Entschließung des Vormundes für objektiv dem Mündel schädlich hält, ohne Rücksicht auf Verschulden des Vormundes. Pflichtwidrigkeit setzt nach dem Sprachgebrauch Verschulden voraus; sonst könnte der Richter immer seine Ansicht an Stelle der des Vormundes setzen und die Selbständigkeit des Vormundes beseitigen. Eine vom Vormund innerhalb seiner selbständigen Befugnisse getroffene oder beabsichtigte Maßregel kann so unzweckmäßig sein, daß sie sich als pflichtwidrig darstellt; insoweit hat der Richter auch die Zweckmäßigkeit zu prüfen und unzweckmäßige Handlungen, die pflichtwidrig sind, zu verbieten. — **c)** Fuchs, GruchotsBeitr. **49** 701 führt gegen Dernburg (JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 1) aus, daß die Selbständigkeit des Vormundes dem Sinne des Gesetzes entspreche, daß, wenn auch das Vormundschaftsrecht Verwaltung nach Zweckmäßigkeit bezwecke, bei Verschiedenheit der Ansichten über das, was im Einzelfalle zweckmäßig sei, die Entscheidung ebensogut dem

den Verhältnissen näherstehenden Vormund eingeräumt werden könne, wie dem Richter, daß auch das Aufsichtsrecht an der Selbständigkeit des Vormundes nichts ändere, daß die das Einschreiten des Gerichts begründende Pflichtwidrigkeit des Vormundes bei treuer und gewissenhafter Amtsführung ausgeschlossen sei, selbst wenn das Handeln den Mündel schädige, daß endlich bei Gefährdung des Mündels durch unzweckmäßige Handlungen des Vormundes dessen Entlassung zwar geboten sei, daß aber das Vormundschaftsgericht dann nur eilige Maßregeln selbst treffen könne, im übrigen alsbald ein anderer Vormund zu bestellen sei. — **d)** Der Dernburgschen Ansicht (JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 1) folgt Meisner Note zu § 1837. Maßnahmen des Vormundes, die das Wohl des Mündels schädigen, sind im weiteren Sinne pflichtwidrig, wenn dies der Vormund sich auch nicht vergegenwärtigt; in solchen Fällen ist das Gericht nicht auf die Entlassung des Vormundes beschränkt, kann vielmehr unmittelbar eingreifen. — **e)** ElsLotNotZ. **25** 273, R. **05** 433 (Colmar). Kein Eingreifen des Gerichts in die vormundschaftliche Verwaltung ohne pflichtwidriges Verhalten des Vormundes aus reinen Zweckmäßigkeitsgründen. Ein nicht pflichtgemäßes Handeln des Vormundes kann aber, trotzdem dieser in der Überzeugung, die Interessen des Mündels zu wahren, handelt, darin liegen, daß er bei der Vermögensverwaltung allgemein anerkannten Grundsätzen zuwiderhandelt; ein solcher Grundsatz ist der, daß die Sorge für die Beseitigung einer aktuellen Erkrankung (z. B. durch Badekur) dem Bestreben, den Vermögensstock für spätere Bedürfnisse zu erhalten, vorgehen muß. — **f)** OLG. **10** 12 (KG.). Auch gegen Pflichtwidrigkeiten, deren Folgen nicht mehr beseitigt werden können, ist Einschreiten durch Gebote und Verbote möglich und erforderlich, z. B. durch Mißbilligung des Verhaltens, Hinweis auf die Pflichten. — **g)** RheinARB. **22** 75 ff., OLG. **10** 3 (KG.). Dem Vormundschaftsgerichte steht nur die Aufsicht im allgemeinen zu; jede selbständige Einmischung des Gerichts in die vormundschaftliche Verwaltung, die sich nur auf Zweckmäßigkeitsrücksichten stützt, ist grundsätzlich unzulässig. Dies gilt insbesondere auch von den auf die Erziehung und den Unterricht bezüglichen Maßnahmen des Vormundes, wobei der Vormund nach eigenem Ermessen und unter eigener Verantwortlichkeit handelt. Ebenso OLG. **10** 12 (KG.). — **h)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1837 Note 1c. Die Ansicht, daß alle unzweckmäßigen Handlungen, auch die unverschuldeten, „pflichtwidrig" seien, steht mit dem Willen des Gesetzgebers und dem Sprachgebrauch in unlösbarem Widerspruch. Beharrt der auf die Unzweckmäßigkeit hingewiesene Vormund auf seinem Standpunkt, dessen Unrichtigkeit ihm nach Ansicht des Gerichts bei gewissenhafter Sachprüfung nicht entgehen konnte, so ergibt sich daraus, daß sein Verhalten nicht auf Unerschütterlichkeit seiner Überzeugung, sondern auf Eigensinn, Rechthaberei oder anderen unsachlichen Gründen beruht, also Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 1837 vorliegt. — **i)** Unger, BuschsZ. **34** 298. Der Vormund ist für seine Person nur insoweit beteiligt, als einzelne Maßregeln, z. B. Strafe, Anhaltung zur Sicherheitsleistung, neben der Fürsorge für den Vertretenen auch in dem eigenen Rechtskreis des Vormundes eine Veränderung herbeizuführen beabsichtigen; mit Unrecht wird daher dem Vormunde für seine Person Beschwerde zugestanden gegen Verfügungen, durch die in die Selbständigkeit, befreite Stellung oder Tätigkeit des Vormundes unberechtigt eingegriffen wird, gegen die Entziehung nach § 1801, gegen Pflegerbestellung, gegen Ersetzung der Zustimmung des Vormundes.

2. Die JDR. **3** zu § 1837 Ziff. 2a mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch DJZ. **05** 319.

3. Keine Anweisung zur Geltendmachung von Mündelansprüchen. Schefold, WürttZ. **47** 264 ff., erachtet es für unzulässig, daß das Vormund-

schaftsgericht den Vormund anweist, Klage gegen den außerehelichen Vater zu erheben, trotzdem dieser die Vaterschaft anerkennt und die geforderten Alimente zahlt, nur sich weigert, eine Urkunde nach § 1718 auszustellen; ein vorsichtiger Vormund wird sich der Kosten wegen besinnen, ob er einen solchen Prozeß beginnt, und das Gericht hat keine Befugnis, den Vormund zum Prozeß zu verpflichten (s. JDR. **3** zu § 1837 Ziff. 3).

4. Keine Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Mündel und Dritten. — BayObLG. **6** 230, R. **05** 253, SeuffBl. **05** 397. Ein Streit zwischen dem Vormund und einem Dritten kann nicht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Entscheidung gebracht werden. Die Aufsichtspflicht obliegt dem Vormundschaftsgerichte nur dem Mündel gegenüber, ein Dritter, der sich durch die Stellungnahme des Vormundes in einem Rechtsverhältnisse zwischen dem Mündel und dem Dritten beeinträchtigt glaubt, kann nicht eine seinem Interesse entsprechende Einwirkung des Vormundschaftsgerichts auf den Vormund verlangen (s. JDR. **2** zu § 1837 Ziff. 2).

5. Ordnungsstrafen. — **a**) α. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1837 Note 1a. Ordnungsstrafe nur bei Ungehorsam gegen Anordnungen, mit denen gegen eine Pflichtwidrigkeit eingeschritten ist. Der Vormund kann nicht durch Ordnungsstrafen zur Leistung von Schadensersatz angehalten werden. — β. Die JDR. **3** zu § 1837 Ziff. 5 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch OLG. **10** 13. — **b**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1837 Note 4c. Mindestbetrag der Ordnungsstrafe 1 M. AA. Schultheis, Vormundschaftsrichter 57; s. auch Neumann (4) zu § 1788 Ziff. 3. — **c**) Josef, ZBlFG. **5** 826. Hat das Gericht den Vormund unter Androhung von Ordnungsstrafen zur Anzeige des Aufenthalts des Mündels aufgefordert, dann aber die eingegangene Anzeige wegen fehlender Unterschrift als nicht vorhanden angesehen und die Strafe festgesetzt, so ist Beschwerde begründet, weil keine Vorschrift über Unterzeichnung solcher Anzeigen besteht, jedenfalls aber der Richter nach § 12 FGG. verpflichtet gewesen wäre, den Vormund zur Aufklärung aufzufordern, wenn der Richter über die Bedeutung des Schriftstücks Zweifel hegte. — **d**) OLG. **10** 291 (Hamburg). Zu den Anordnungen nach § 1837 Abs. 2 ist das persönliche Erscheinen des Vormundes vor Gericht zu rechnen.

§ 1838. **a**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1838 Ziff. 1 u. 3. Die Zwangserziehung nach § 1838 Satz 1 kann auch ohne Vorliegen einer Verwahrlosungsgefahr des Mündels und einer Pflichtwidrigkeit des Vormundes, also auch falls die bisherige Unterbringung eine ordnungsmäßige war, angeordnet werden, z. B. Unterbringung in einer anderen Familie zwecks Kostenersparnis oder zur Ausbildung des Mündels in der deutschen Sprache. Das Vormundschaftsgericht hat zu bestimmen, ob Mündel in einer Familie, einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht werden soll; es kann auch die Familie oder Anstalt auswählen, diese Auswahl aber auch dem Vormund überlassen (s. JDR. **1** zu § 1838 Ziff. 1). Das Erziehungsrecht geht vom Vormund auf das Haupt der Familie oder Anstalt über, das Sorgerecht im übrigen verbleibt dem Vormunde (s. JDR. **3** zu § 1838). — **b**) § 1838 Satz 2 findet nach Staudinger-Engelmann (2) Note 2 aE. zu § 1838 keine Anwendung auf den Vater, der nur Vormund und nur als solcher erziehungsberechtigt ist. AA. Planck Note 1 aE. zu § 1838.

§ 1839. 1. Erzwingung der Auskunftserteilung. Planck zu § 1839 Ziff. 5 und § 1840 Ziff. 1 und Staudinger-Engelmann (2) zu § 1899 Ziff. 2 und § 1840 Ziff. 2. Zur Erzwingung der Auskunftserteilung findet Ordnungsstrafverfahren statt, Prozeßweg und Offenbarungseid erst nach Beendigung des Vormundsamtes. Anders betreffs der Erfüllung der Pflicht

zur Rechnungslegung nach § 1840; hier ist Pflegerbestellung, Klage und Offenbarungseid auch während der vormundschaftlichen Amtsführung statthaft.

2. Pflicht der unehelichen Mutter zur Nennung des Vaters (s. JDR. **3** zu § 1839 Ziff. 1). R. **05** 47 (Colmar). Das Ersuchen eines Vormundschaftsgerichts an das Gericht des Wohnorts der Mutter um Befragung der letzteren über den Aufenthaltsort ihres unehelichen Kindes darf namentlich dann nicht abgelehnt werden, wenn dessen Ermittelung anderweit vergeblich versucht worden ist.

3. Zeugnisweigerungsrecht der unehelichen Mutter. **a)** LG. München, BayRpflZ. **05** 320. Das Zeugnisweigerungsrecht der unehelichen Mutter im Unterhaltsprozesse kann unter Umständen auf § 385[3] ZPO. gestützt werden. Der Begriff der Familie in der ZPO. ist auf die Blutsverwandtschaft nicht beschränkt; deshalb kann auch der Unterhaltsanspruch gegen den unehelichen Vater ein familienrechtlicher sein (**RG.** (Straff.) **34** 427) oder das uneheliche Kind zu dem Vater aus besonderen Gründen ebenso in einem Familienverhältnis stehen wie zu einer dritten nicht verwandten Person, z. B. Pflegerverhältnis. Wenn hiernach im Einzelfalle das Zeugnisweigerungsrecht aus § 385[3] ZPO. nicht besteht, so ist die Mutter jedenfalls auf Grund des § 384[2] ZPO. zur Weigeruug berechtigt, wobei es unerheblich ist, ob die Mutter schon anderweit, auch vor Gericht, Aussagen über den Verkehr gemacht hat (s. JDR. **3** zu § 1839 Ziff. 2 u. § 385 ZPO. Ziff. 1b). — **b)** HansGZ. **05** Beibl. 176 (Hamburg). Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Vater ist keine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit.

§ 1840. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1840 Ziff. 1a. Eine Anordnung gemäß Abs. 3 ist nach erfolgter Rechnungslegung für das erste Jahr auch einem neuen Vormund gegenüber zulässig, der noch keine Rechnnng gelegt hat.

§ 1841. 1. Unterschrift der Rechnung. — Josef, ZBlFG. **5** 823, 826. Unterschrift des Vormundes unter der Rechnung nicht erforderlich, weil keine rechtsgeschäftliche Erklärung in Frage steht. Das Gericht kann aber nach § 1837, da die Einreichung unterschriftsloser Schriftstücke ordnungswidrig, den Anforderungen des Verkehrs widersprechend ist, den Vormund zur Unterzeichnung zwingen (s. JDR. **1** zu § 1841 Ziff. 1).

2. Beläge. — **a)** OLG. **10** 292 (Hamburg). Für Zahlungen von Miete, Arztkosten, Beerdigungskosten pflegen Beläge erteilt zu werden. — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1841 Ziff. 1b. Die Beläge sind regelmäßig Eigentum des Mündels und deshalb nach der Prüfung an den Vormund zurückzugeben. Nach Mot. IV 1161 und der herrschenden Meinung entscheidet über die Rückgabe das Ermessen des Gerichts.

§ 1843. Abs. 2. Josef, ACivPrax. **97** 130. Die Erfüllung der Schadensersatzpflicht für begangene Pflichtwidrigkeiten gehört nicht zur Führung der Geschäfte des Vormundes; hier ist der Fall des § 1837 nicht gegeben, daher kein Einschreiten des Vormundschaftsrichters zur Erzwingung der Ersatzzahlungen, sondern Rechtsweg. (Die gegenteilige Ansicht im Lehrb. d. Verf. d. freiw. Gerichtsb. 270 gibt Josef auf.)

§ 1844. LG. Karlsruhe, BadRpr. **05** 244. Für die Aufhebung einer Sicherheit ist ein dem § 54 Abs. 1 FGG. entsprechendes Verfahren bewußtermaßen nicht vorgesehen.

§ 1845. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1845 Note 1 aE. Auf die uneheliche Mutter als Vormünderin findet § 1845 keine Anwendung (s. JDR. **3** zu § 1845).

§ 1848. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1848 Ziff. 1 aE. Hat es der Mündel vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen, den Schaden durch Rechtsmittel (§§ 19 f., 57 FGG.) abzuwenden, so haftet der Vormundschaftsrichter überhaupt nicht. Die Anwendbarkeit des § 839 Abs. 3 ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen der volljährig gewordene Mündel den noch möglichen Gebrauch eines Rechtsmittels schuldhaft unterläßt (s. IDR. 2 u. 3 zu § 1848).

IV. Mitwirkung des Gemeindewaisenrats.

§ 1849. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu §§ 1849—1851 Ziff. 1 u. 3 halten den Gemeindewaisenrat zwar für ein Hilfsorgan der Obervormundschaft, aber für eine dieser grundsätzlich koordinierte Behörde, so daß reichsrechtlich weder Aufsicht noch Ordnungsstrafrecht des Vormundschaftsgerichts dem Waisenrate gegenüber besteht, jedoch landesgesetzlich Abweichendes bestimmt werden kann. Gegen Entscheidungen über eine Angelegenheit der Personensorge hat der Gemeindewaisenrat Beschwerderecht nach § 57 Abs. 1 Ziff. 9 FGG. Ebenso Neumann (4) zu § 1850 (vgl. auch Unger, BuschsZ. 34 308 Note 172 unter a, welcher den Gemeindewaisenrat nicht als „Beteiligten" betrachtet (s. IDR. 3 zu § 1849). — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu §§ 1849—1851 Ziff. 4. Ist das einzelne Gemeindewaisenratsmitglied nach Landesrecht als Beamter anzusehen, so kann seine Haftung auf Grund des § 839 in Frage kommen (s. IDR. 2 zu § 1849 Ziff. 1 a).

V. Befreite Vormundschaft.

§ 1852. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1856 Ziff. 3. Die Anordnung kann gleichzeitig mit der Vormundsbenennung, aber auch nachträglich durch gesonderte letztwillige Verfügung erfolgen (s. IDR. 1 zu § 1852 Ziff. 2 b). — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu §§ 1852 ff. Note 1 d. Die der Anordnung nach § 1852 Abs. 1 zuwider erfolgte Bestellung eines Gegenvormundes ist nicht unwirksam, kann aber vom Vormunde durch Beschwerde angefochten werden. Ebenso v. Blume Note 2 zu § 1852 (s. IDR. 1 zu § 1852 Ziff. 3 c u. 5).

§ 1857. Unger, BuschsZ. 34 295 Note 136. Ein eigenes Recht auf Beibehaltung seiner befreiten Stellung hat der Vormund nicht. AA. Schultheis, Vormundschaftsrichter 76[6]. Für Beschwerdebefugnis des Vormundes auch Staudinger-Engelmann Note 6 zu § 1857.

VI. Familienrat.

§ 1858. Staudinger-Engelmann (2) Vorbem. zu § 1858. Ist für die Vormundschaft ein Familienrat eingesetzt, so erstreckt sich seine Zuständigkeit auch auf eine gemäß § 1909 zu bestellende Pflegschaft; für letztere allein kann ein Familienrat nicht eingesetzt werden (s. IDR. 3 zu § 1858 u. Neumann (4) Note 5 zu § 1872).

§ 1859. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1859 Ziff. 1 d. Auch der neben dem Vormunde bestellte Pfleger (§ 1909) hat Antragsrecht, aber der Familienrat kann nicht nur für die Pflegschaft angeordnet werden (s. IDR. 3 zu § 1859 Ziff. 2). — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1859 Ziff. 1. Beschränkt geschäftsfähige Personen bedürfen zur Antragstellung der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters (s. IDR. 2 zu § 1859 Ziff. 1).

§ 1860. Staudinger-Engelmann (2) Note 1 zu § 1860. Die Bestellung von mehr als 6 Mitgliedern gilt als nicht erfolgt, die unter Mitwirkung solcher überzähliger Mitglieder gefaßten Beschlüsse sind nichtig (s. IDR. 3 zu § 1860).

§ 1861. **a**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1861 Ziff. 1. Bei Überschreitung der Höchstzahl ist die Reihenfolge der Benennung im Zweifel auch für die Berufung maßgebend (s. JDR. **1** u. **3** zu § 1861). — **b**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1861 Ziff. 3. Der Tatbestand der §§ 1783, 1784 ermöglicht nicht die Übergehung des Berufenen, weil er keinen Untauglichkeitsgrund für den Eintritt in den Familienrat bildet; §§ 1780—1784 sind durch §§ 1865, 1866 zu ersetzen. Ebenso v. Blume Note 6 zu § 1861. AA. Planck Note 3 zu § 1861.

§ 1863. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1863 Ziff. 1. Sind mehr als zwei ordentliche Mitglieder vorhanden, so ist die Bestellung von Ersatzmitgliedern unzulässig (ebenso Planck Note 2 zu § 1863); mehr als zwei Ersatzmitglieder dürfen nicht bestellt werden. AM. v. Blume Note 2 u. 3 zu § 1863.

§ 1864. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1864 Ziff. 2. Nach Aufhören der Verhinderung tritt das ordentliche Mitglied wieder in Tätigkeit, das Amt des Ersatzmitgliedes endigt kraft Gesetzes ohne förmliche Entlassung (s. JDR. **3** zu § 1864).

§ 1874. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1874 Ziff. 2, Neumann (4) Note 2 zu § 1874. Schriftliche Abstimmung ist ausgeschlossen; dies gilt auch von der Rechnungsprüfung s. JDR. **2** zu § 1874.

§ 1875. **a**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1875 Note 2b. Androhung der Ordnungsstrafe ist nicht erforderlich. Anders die 1. Aufl. (s. JDR. **1** zu § 1875 Ziff. 2b). — **b**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1875 Ziff. 3. Unberührt bleibt die Befugnis des Mündels, für den ihm aus Pflichtverletzung eines Familienratsmitglieds erwachsenen Schaden nach Maßgabe des § 1872 Abs. 2 Satz 2 Ersatz zu verlangen. AA. v. Blume (s. JDR. **3** zu § 1875).

§ 1878. Gegen die JDR. **1** zu 1878 mitgeteilte Ansicht Kuhlenbecks auch Staudinger-Engelmann (2) zu § 1878 Ziff. 2γ).

VII. Beendigung der Vormundschaft.

Vorbemerkung. Unter den behandelten Fragen ist hervorzuheben die Möglichkeit der Entlassung des Vormundes ohne schuldhaftes Verhalten, die in mehreren Entscheidungen erörtert ist (s. § 1886), und die in der Literatur untersuchte Notwendigkeit der Pflegerbestellung zur Herausgabe des Vermögens und der Rechenschaftsablage in dem Falle, daß eine Vormundschaft an die andere sich anschließt und derselbe Vormund bleiben soll (s. § 1890).

§ 1883. **a**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1883 Note 1a. Es ist nicht notwendig, daß das die Vaterschaft feststellende Urteil nach der Eheschließung ergangen ist (s. JDR. **3** zu § 1883). — **b**) Neumann (4) zu § 1883 Ziff. 1. Obwohl die elterliche Gewalt mit der Eheschließung beginnt, gewährt sie während der Dauer der Vormundschaft keine Vertretungsmacht (s. JDR. **1** zu § 1883 Abs. 2).

§ 1886. 1. Entlassung auch ohne Verschulden (s. JDR. **1** zu § 1886 Ziff. 3). — **a**) BayObLG. **6** 45. Die Entlassung hat nicht bloß bei Verschulden des Vormundes, sondern auch dann zu geschehen, wenn wegen anderer in der Person des Vormundes liegender Umstände die Fortführung des Amtes durch ihn das persönliche Wohl oder das Vermögensinteresse des Mündels gefährden würde, z. B. weil der Vormund wegen der Entlegenheit seines Wohnorts von dem des Mündels die Vormundschaft nicht so führen kann, wie es das Mündelinteresse erfordert. — **b**) KGJ. **29** A 194, RheinANB. **23** 24 ff., ZBl. FG. **6** 120, R. **05** 398 (KG.). Die Entlassung des Vormundes setzt nicht schuldhaftes Verhalten desselben voraus, objektive Gefährdung der Mündelinteressen genügt, während Gebote und Verbote und die damit zusammenhängende

Ordnungsstrafbefugnis nur bei Verschulden des Vormundes zulässig sind. Eine solche die Entlassung rechtfertigende objektive Interessengefährdung kann auch in der Behandlung von Zweckmäßigkeitsfragen gegeben sein, z. B. wenn bei der Erziehung und Unterbringung des Mündels der Vormund einen den Mündel nachweisbar gefährdenden Standpunkt einnimmt, aber doch in gutem Glauben handelt, der auf Mangel an Einsicht oder auf rechtsirrtümlicher Verwechselung des freien pflichtgemäßen Ermessens mit unzulässigem Willkürermessen (rechthaberische Ausübung des Bestimmungsrechts nach Gefallen) beruhen kann. Der Richter wird aber mit besonderer Vorsicht verfahren müssen. Er wird zur Entlassung nur schreiten, wenn die Ermittelungen die völlige Hinfälligkeit der Gründe für das Verhalten des Vormundes ergeben, nicht schon bei zweifelhafter Zweckmäßigkeit, er auch zuvor dem Vormunde durch Vorhalten des Ergebnisses der Ermittelungen nochmals Gelegenheit zur Nachprüfung und Änderung seines Standpunkts gegeben hat. — **c)** ZBlFG. **6** 271, KGJ. **30** A 24 (KG.). Die Entlassung des Vormundes ist auch ohne schuldhaftes Verhalten des Vormundes zulässig, wenn von der Fortführung des Amtes dem Mündel Gefahr droht. Bei Inaussichtnahme der Entlassung kann das Gericht auch vorläufige Maßregeln auf dem gefährdeten Gebiete zum Schutze der Mündelinteressen nach § 1837 ergreifen, insbesondere die Vornahme gefährdender Handlungen (anderweite Unterbringung des geisteskranken Mündels) vorläufig untersagen, auch ohne Feststellung einer Pflichtwidrigkeit des Vormundes.

2. Beschwerderecht. — **a)** KGJ. **29** A 11 (KG.). Die sofortige Beschwerde richtet sich gegen den die Entlassung des Vormundes anordnenden Beschluß des Beschwerdegerichts, nicht gegen die lediglich die Ausführung jener Entscheidung enthaltende tatsächliche Entlassung durch den Vormundschaftsrichter. — **b)** ZBlFG. **6** 266, KGJ. **30** A 9, R. **05** 480 (KG.). Das selbständige Beschwerderecht des Mündels (§ 59 FGG.) gegen die Entlassung des Vormundes hängt davon ab, aus welcher Veranlassung die Entlassung erfolgte und aus welchen Gründen die Rückgängigmachung begehrt wird, sowie ob danach entweder die Entlassung oder auch ihre Wiederaufhebung als eine die Person des Mündels betreffende Angelegenheit erscheint; es ist zu verneinen, wenn der Vormund wegen Pflichtwidrigkeit in der Vermögensverwaltung entlassen ist und auch die Beschwerdegründe die vermögensrechtliche Angelegenheit, um die es sich danach handelt, nicht zu einer die Person des Mündels betreffenden machen. — **c)** Unger, BuschsZ. **34** 295. Der Vormund ist nur beteiligt (und beschwerdeberechtigt), wenn eine von ihm beantragte Enthebung verweigert oder die Vertretung wegen eines sittlichen Mangels entzogen wird, nicht in Ansehung der Entlassung allgemein; nur in diesen Beziehungen entspricht der Schutz auch seiner Interessen und Ausübung dieses Schutzes durch das Gericht dem Willen des Gesetzes.

§ 1887. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1887 Note 1. Versagung und Widerruf können formlos sowohl der Frau als dem Gerichte gegenüber erfolgen. Bei Geschäftsbeschränktheit des Ehemanns gilt für Versagung und Widerruf das gleiche wie für Erteilung der Zustimmung (s. JDR. **3** zu § 1783 Abs. 2, ferner JDR. **3** zu § 1887). — **b)** BadRpr. **05** 360 (LG. Karlsruhe). Die Entlassung ist nicht nur in dem Zeitpunkte zulässig, in dem das Vormundschaftsgericht erstmals von der Verheiratung Kenntnis erhält; es kann vielmehr eine zunächst trotz Verheiratung im Amte belassene Vormünderin später entfernt werden, wenn Verhältnisse zur Kenntnis des Gerichts kommen, die die Entlassung im Interesse des Mündels rechtfertigen, ohne daß Gründe des § 1886 vorliegen.

§ 1890. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1882 Note 7. Wenn sich an die Altersvormundschaft eine Abwesenheitspflegschaft oder Vormundschaft

wegen Entmündigung anschließt, und der bisherige Vormund als Pfleger oder neuer Vormund verpflichtet wird, so bedarf es keiner Pflegerbestellung zur Vermögensherausgabe und Rechenschaftsablage, da lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Frage steht. — Neumann (4) zu § 1882 II 3 hält Pflegerbestellung zwecks Rechenschaftsablage für erforderlich, nicht aber zwecks Herausgabe des Vermögens (s. JDR. 3 zu § 1890). — **b**) Staudinger=Engelmann (2) Note 1 b α. Die Verpflichtung zur Rechenschaftsablage greift insofern über die bloße Rechnungslegung (§§ 1840 ff.) hinaus, als sie auch zur Rechtfertigung einzelner Verwaltungsmaßregeln im Falle ihrer Beanstandung verpflichtet.

§ 1892. 1. Zwang. — **a**) *Meisner Note 2 zu § 1892. Das Vormundschaftsgericht ist nicht für befugt zu halten, vom Vormunde die Erfüllung der ihm nach § 1892 obliegenden Verpflichtungen (zur Einreichung der Schlußrechnung ꝛc.) durch Ordnungsstrafen zu erzwingen. — Vgl. JDR. **2** Ziff. 1, 2 zu § 1892 und **3** zu § 1892 Ziff. 1. — **b**) OLG. **10** 292 (Hamburg). Ordnungsstrafen gegen den Vormund zur Einreichung der Schlußrechnung.

2. Entlastung (s. JDR. **3** zu § 1892 Ziff. 3). — **a**) Josef, ZBlFG. **6** 205. Ein Ersuchen des Vormundschaftsgerichts, den früheren Mündel über Entlastung des Vormundes zu vernehmen, ergeht in einem reichsgesetzlich dem Gericht übertragenen Verfahren und fällt deshalb unter § 2 FGG., wenngleich es Beurkundung eines Rechtsgeschäfts verlangt. Es handelt sich nicht um eine selbständige Beurkundung, die übrigens auch reichsgesetzlich (§ 167 FGG. in Verb. mit dem 1. Abschnitte) den Gerichten übertragen ist. — **b**) OLG. **11** 336 (Kassel). Herbeiführung einer allgemeinen Entlastungserklärung des früheren Mündels liegt außerhalb der amtlichen Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts; ein hierauf gerichtetes Rechtshilfeersuchen ist daher abzulehnen; anders, wenn der Mündel darüber gehört werden soll, ob er auf Beobachtung des § 1892 verzichten will.

3. Josef, DNotV. **05** 178. Das Anerkenntnis ist von dem Richter, nicht dem Gerichtsschreiber zu beurkunden (s. JDR. **1** zu § 1892 Ziff. 4 und **2** zu § 1892 Ziff. 5).

4. Staudinger=Engelmann (2) zu § 1892 Ziff. 4. Keine Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts bei Rückgabe der Sicherheit; s. auch Neumann (4) zu § 1892 Ziff. 3. AA. OLG. **2** 262 (KG.).

§ 1893. **a**) Die JDR. **3** zu § 1893 Ziff. 1a mitgeteilte Entscheidung des OLG. Colmar findet sich auch ElsLothZ. **30** 74. — **b**) Staudinger=Engelmann (2) zu § 1893 Ziff. 3. Die Haftung des Vormundes bemißt sich nach § 1833 (s. JDR. **3** zu § 1893 Ziff. 1b). — **c**) Staudinger=Engelmann (2) zu § 1893 Ziff. 4. Klagerecht des Mündels auf Rückgabe der Bestallung an das Vormundschaftsgericht, kein Zwangsmittel des letzteren (s. JDR. **3** zu § 1893 Ziff. 2, **2** zu § 1893 u. **1** zu § 1893 Ziff. 2).

Zweiter Titel. Vormundschaft über Volljährige.

§ 1896. 1. Wirksamkeit. — **a**) Staudinger=Engelmann (2) Note 3 zu § 1896. Die Bestellung eines Vormundes setzt nicht voraus, daß die Entmündigung im Sinne der §§ 661, 683 Abs. 2 Satz 1 ZPO. „in Wirksamkeit getreten ist", da außerdem, falls der wegen Geisteskrankheit Entmündigte nicht unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, nach § 661 Abs. 1 ZPO. ein unlöslicher Zirkel entstehen würde (s. JDR. **1** zu § 1896). — **b**) RheinAKV. **23** 37 (KG.). Mit der Vormundsbestellung tritt der Entmündigungsbeschluß wegen Geisteskrankheit in Wirksamkeit und hat Geschäftsunfähigkeit zur Folge. Der Entmündigte kann deshalb auch nach § 59 Abs. 2 FGG. gegen die Ablehnung der Aufhebung der Vormundschaft nicht selbständig Beschwerde führen, er kann auch vor dem Vormundschaftsgericht nicht geltend machen, daß die Ent=

mündigung von einem unzuständigen Gerichte beschlossen sei; es bleibt ihm nur Anfechtungsklage gegen den Entmündigungsbeschluß, bis zu dessen rechtskräftiger Aufhebung infolge Anfechtungsklage bleibt die Entmündigung und die Vormundschaft bestehen. ➠ Das KG. spricht wohl nur versehentlich von einer „Aufhebung" der Vormundschaft nach erfolgreicher Durchführung der Anfechtungsklage und rechtskräftiger Aufhebung der Entmündigung. Red. ⬅

2. Entmündigung Minderjähriger. — Caspers, DJZ. **05** 550. Entmündigung Minderjähriger wegen Geisteskrankheit ist möglich, sie bewirkt Geschäftsunfähigkeit statt beschränkter Geschäftsfähigkeit; aus anderen Gründen kann ein 16 jähriger Minderjähriger entmündigt werden, um ihm die Testamentsfähigkeit zu entziehen, während sie bei Minderjährigen von 7—16 Jahren bedeutungslos ist (s. JDR. 3 zu § 1896 Ziff. 2).

§ 1901. 1. Befugnisse des Gerichts. — ZBlFG. **6** 271, KGJ. **30** A 24, R. **05** 510 (KG.). Da die Personensorge durch den Zweck der Vormundschaft begrenzt wird, so hat das Vormundschaftsgericht, das in Streitfällen festzustellen hat, was der Zweck der Vormundschaft erfordert, dem Vormunde des Volljährigen gegenüber weitergehende Befugnisse als nach § 1837 gegenüber dem Vormunde des Minderjährigen; es darf aber bei Feststellung dessen, was der Zweck der Vormundschaft erfordert, nicht in die Entscheidung der weiteren Frage übergreifen, ob die zur Erreichung dieses allgemeinen Zweckes getroffenen Anordnungen des Vormundes im einzelnen zweckmäßiger in dieser oder anderer Weise zu treffen sind.

2. Unterbringung in eine Anstalt. — **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1901 Note a u. b. Zwangsmaßregeln sind zulässig, soweit der Zweck der Vormundschaft es erfordert; daher insbesondere Unterbringung in eine Trinkerheilanstalt. Auch § 1801 und § 1838 Satz 1 sind grundsätzlich anwendbar, wenn ihre Anwendung auch nur selten veranlaßt sein wird (s. JDR. **1** zu § 1901 und **2** zu § 1901 II 2). Gegen den Willen des Ehemanns darf der Vormund die Frau nur dann in eine Anstalt unterbringen, wenn der Widerspruch des Mannes sich als Mißbrauch darstellt. — **b)** *Meisner Note 2 zu § 1901. Der Vormund darf die Frau nicht gegen den Willen des Mannes in eine Heilanstalt unterbringen. — Vgl. MecklZ. **24** 50 (Rostock), welches auf Grund der Annahme, daß der Vormund eines in einer staatlich überwachten Anstalt untergebrachten unheilbaren Geisteskranken nicht verpflichtet sei, sich persönlich von dem Ergehen des Mündels und der Beschaffenheit seiner Verpflegung in angemessenen Zwischenräumen zu unterrichten, die Übernahme der Vormundschaft durch ein anderes Gericht ablehnt.

§ 1902. **a)** *Meisner 361 zu § 1902. Der Vormund eines entmündigten Volljährigen bedarf zur Gewährung einer Aussteuer der Tochter (§ 1620, im Gegensatze zu einer Ausstattung an ein Kind, §§ 1624, 1902) nicht der Genehmigung des VormGerichts. — **b)** *Starke 13. Auch zur Gewährung einer auf Grund § 1620 geschuldeten Aussteuer bedarf der Vormund der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. — Ebenso Staudinger-Engelmann (2) zu § 1902 Ziff. 1a (s. JDR. **1** u. **2** zu § 1902).

§ 1904. Der JDR. **3** zu § 1904 mitgeteilten Ansicht v. Blumes treten bei Staudinger-Engelmann (2) zu §§ 1903, 1904 Ziff. 3a.

§ 1906. 1. Entmündigungsantrag als Voraussetzung und Bedeutung des Fehlens. — **a)** Staudinger-Engelmann (2) Note 2b zu § 1906. Es muß ein rechtswirksamer Entmündigungsantrag (eines Berechtigten bei dem zuständigen Gerichte) vorliegen, sonst ist die vorläufige Vormundschaft nichtig; Einleitung des Entmündigungsverfahrens ist nicht erforderlich. Die Prüfung der Frage, ob der Entmündigungsantrag begründet ist, liegt nicht

dem Vormundschaftsgericht ob. — Auch Neumann (4) zu § 1906 Ziff. 2a spricht sich dafür aus, daß wirksamer Entmündigungsantrag erforderlich ist (s. JDR. **1** zu § 1906 Ziff. 2). — **b**) Meisner zu § 1906 Note 2a. Ist das Entmündigungsverfahren eingeleitet, so hat das Vormundschaftsgericht nicht weiter zu prüfen, ob der Einleitungsbeschluß zu Recht ergangen ist.

2. Josef, DNotV. **05** 349 ff., bespricht die JDR. **3** zu § 1906 Ziff. 2a mitgeteilte Entscheidung des RG.; er gelangt zu dem entgegengesetzten Ergebnisse, daß das Prozeßgericht selbständig die Frage zu prüfen hat, ob eine in der freiw. Gerichtsb. erlassene Verfügung wirksam geworden ist, d. h. ordnungsmäßig bekannt gemacht ist, und erblickt in dem Spruche des RG. nur eine geschickte Auslegung zur Abwendung schädlicher Folgen ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung.

3. ElsLothZ. **30** 402 (Colmar). Es ist nicht angängig, eine so wichtige Entscheidung, wie die Stellung unter vorläufige Vormundschaft, lediglich auf ein ärztliches Zeugnis zu stützen, das bei Stellung des Entmündigungsantrags vom Antragsteller vorgelegt war; der Hinweis auf ein solches Zeugnis, das dem zu Bevormundenden unbekannt war, ist keine genügende Begründung der Entscheidung.

4. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1906 Ziff. 7 (gegen Endemann II § 176³). § 1409 gilt auch für die vorläufige Vormundschaft.

§ 1908. **a**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1906 Ziff. 4a. Bei Beendigung nach § 1908 Abs. 3 ist § 115 unanwendbar. — **b**) Meisner zu § 1908 Note 3b. Ist die vorläufige Vormundschaft vom Gericht aufgehoben und wird demnächst der Entmündigungsantrag zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen, so tritt § 115 ein (s. JDR. **1** zu § 1908 Ziff. 1).

Dritter Titel. Pflegschaft.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre hat weniger die Pflegschaft im allgemeinen, als die einzelnen Pflegschaften Erörterung gefunden. Aus dem Kreise der behandelten Fragen sind folgende hervorzuheben: § 1909: Interessengegensatz als Pflegschaftsfall; Bestellung eines Pflegers zur Führung des Alimentationsprozesses gegen den unehelichen Vater an Stelle der Mutter, da diese nicht Zeugin sein und daher den Prozeß nicht in geeigneter Weise führen könnte. — § 1910: Möglichkeit der Vollmachtserteilung als ein das Pflegschaftsbedürfnis beseitigender Umstand; Selbsthandeln des Pflegebefohlenen neben dem Pfleger; der Begriff der Verständigung, die das KG. im Gegensatze zu seiner früheren Ansicht auch bei Geisteskranken für möglich hält. — § 1911: Begriff der Abwesenheit; notwendige Beschränkung auf Vermögensangelegenheiten; Befugnis des Pflegers zum Antrag auf Todeserklärung. — § 1913: Zulässigkeit der Hypothekbestellung für künftige Nachkommenschaft; Beschränkung des Rechtserwerbes im übrigen; Pflegschaft neben dem Testamentsvollstrecker. — § 1914: Rechtsnatur des Sammelvermögens, Wegfall der Verwalter.

Literatur: Döhl, Die grundbuchliche Verfügungsmacht des befreiten Vorerben, DJZ. **05** 906 ff. — Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft, 29. Heft d. rechts- und staatswiss. Studien von E. Ebering, 1905. — Hölder, Natürliche und juristische Personen. Leipzig 1905.

§ 1909. 1. Verhältnis der Vormundschaft zur Pflegschaft. Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 16 ff. Das gemeinsame Grundprinzip der Vormundschaft und Pflegschaft ist die „Fürsorge", die die Möglichkeit tatsächlicher und rechtlicher Einwirkung voraussetzt; diese Einwirkung braucht aber nicht notwendig in Gestalt der gesetzlichen Vertretung zu geschehen. Die Vertretungsmacht ist an sich nur Ausfluß der vormundschaftlichen Fürsorge und auf die Pflegschaft nur auszudehnen, wenn kein Hinderungsgrund besteht; im Zweifel ist aber der Pfleger gesetzlicher Vertreter, weil es sich um eine sehr wichtige Bestimmung des Vormundschaftsrechts handelt.

2. Über Personen und Vermögenspflegschaft (Realkuratel) s. Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 20 ff. Aufgabe des Personenpflegers kann sein die Wahrnehmung des Interesses einer Person in bezug auf einen Vermögensinbegriff oder der persönlichen Interessen oder beider Interessen; Aufgabe des Vermögenspflegers kann sein Wahrnehmung des Interesses einer Person in bezug auf einen Vermögensinbegriff oder ungleich gearteter Interessen verschiedener Personen in bezug auf einen Vermögensinbegriff oder öffentlicher Interessen in bezug auf einen Vermögensinbegriff, sowie Kombinationen des ersten und letzten und zweiten und letzten Falles. Nur im ersten Falle: Pflegschaft für einen Vermögensinbegriff im Interesse einer Person, stimmen Vermögens- und Personenpflegschaft überein; in einem solchen Falle spricht die Wahrscheinlichkeit für Personenpflegschaft. Der Vermögenspflegschaft ist wesentlich, daß das Vermögen von dem übrigen getrennt und besonderer Verwaltung unterstellt ist; dies kann entweder als Objekt und der Pfleger als staatliches Organ behandelt werden, oder es wird personifiziert und der Pfleger als sein Organ betrachtet.

3. Bedürfnisfrage. **a)** Staudinger-Engelmann (2) Ziff. 2c zu § 1909. Voraussetzung für die Pflegschaft nach § 1909 Abs. 1 ist das Vorhandensein eines Bedürfnisses; die bloße Möglichkeit des Eintritts eines Bedürfnisses genügt nicht, da dem BGB. eine sog. Vigilanzpflegschaft unbekannt ist (s. JDR. **2** zu § 1909 Ziff. 3b). — **b)** Abs. 2. ZBlFG. 5 558 (Jena). Die Prüfung der Bedürfnisfrage ist Sache des Vormundschaftsgerichts, welches dabei alle ihm bekannt gewordenen Umstände des Falles seiner Prüfung zu unterziehen hat; es kann z. B. bei angeblichem Fehlen von Vermögensstücken im Inventar nach § 1669 ein Feststellungsanspruch der Kinder gegen den Vater begründet sein.

4. Interessengegensatz als Pflegschaftsfall. KGJ. **29** A 24 (KG.). Nicht jeder Interessengegensatz zwischen Vater und Kind begründet einen Pflegschaftsfall; der Vater muß vielmehr an der Besorgung der betreffenden Angelegenheit verhindert sein, was außer den Fällen des § 1795 erst mit der Entziehung der Vertretungsmacht wegen erheblichen Interessengegensatzes gemäß § 1796 eintritt (s. JDR. **2** zu § 1909 Ziff. 3a).

5. Pflegschaft zur Prozeßführung. **a)** ElsLothNotZ. **25** 275, R. **05** 618 (Colmar). Die Mutter und Vormünderin ist zwar an der Führung des Unterhaltsprozesses gegen den unehelichen Vater nicht schlechthin verhindert, sie kann ihn nur nicht so führen, wie sie es nach pflichtmäßigem Ermessen für erforderlich hält, nämlich gestützt auf ihr eigenes Zeugnis; die so geartete Rechtsverfolgung ist daher eine Angelegenheit, an deren Besorgung sie gehindert ist. Daher ist Pflegschaft anzuordnen, ohne Prüfung der Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit dieser weder pflichtwidrigen noch genehmigungsbedürftigen Maßnahme. — **b)** SächsOLG. **26** 228. Ein Pfleger kann bestellt werden zur Wahrung der Unterhaltsansprüche der getrennt von dem Vater bei der Mutter lebenden Kinder, trotz des väterlichen Bestimmungsrechts über die Art der Unterhaltsgewährung. Der Pfleger hat zu prüfen, ob eine gültige Unterhaltsbestimmung nach § 1612 Abs. 2 Satz 1 seitens des Vaters vorliegt oder nicht (vgl. JDR. **3** zu § 1612), und nach dem Ergebnisse dieser Prüfung vormundschaftsgerichtliches Einschreiten gemäß § 1612 Abs. 2 Satz 2 herbeizuführen oder auf Unterhalt in Geld zu klagen (s. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 7).

6. LG. Gießen, HessRspr. **6** 71. Ein Pfleger neben einem Testamentsvollstrecker mit dem Wirkungskreise des § 2222 kann einem minderjährigen Nacherben nur in den Grenzen der §§ 2219, 2227 bestellt werden, insofern es sich also um Rechte des Nacherben gegenüber dem Testamentsvollstrecker handelt und dessen Maßregeln und Verwaltung einer Beanstandung unterliegen; gegen

weitergehende Pflegschaftsanordnung steht dem Testamentsvollstrecker das Beschwerderecht zu (s. JDR. **1** zu § 1909 Ziff. 3 b).

7. Vorläufige Pflegschaft. **a**) Staudinger-Engelmann (2) zu § 1909 Ziff. 4 b. Vorläufige Pflegschaft über einen Volljährigen, dessen Entmündigung beantragt ist, ist zwar zulässig, hat aber nicht Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge, da § 114 kein Satz des Vormundschaftsrechts ist und deshalb von § 1915 nicht betroffen wird (s. JDR. **3** zu § 1909 Ziff. 9, **2** zu § 1909 Ziff. 10). — Auch Neumann (4) Note 2 c hält vorläufige Pflegschaft mit der Wirkung des § 114 für zulässig. — **b**) *Meisner Note 1 b zu § 1915 (Note 2[1] zu § 1909). Eine vorläufige Pflegschaft (§ 1909 Abs. 3) hat die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Pflegebefohlenen nicht zur Folge.

8. DJZ. **05** 223 (PrOVG.). Der Vater kann sein Kind ermächtigen, mit dem Vater selbst einen Dienst- oder Arbeitsvertrag einzugehen; diese Ermächtigung kann auch in dem Vertragsschlusse selbst zum Ausdrucke kommen (erforderlich ist aber Zusicherung und tatsächliche Gewährung bestimmter Leistungen in Geld oder Naturalien an das Kind).

§ 1910. 1. Pflegschaft über entmündigungsreife Geisteskranke (s. JDR. **3** zu § 1910 Ziff. 1). — **a**) Der JDR. **2** zu § 1910 Ziff. 1 a mitgeteilte Beschluß des KG. findet sich auch ZBlFG. **5** 586, R. **05** 116, 238, RheinARV. **22** 156, DNotV. **05** 238. — Dieser Ansicht treten auch bei Staudinger-Engelmann (2) zu § 1910 Ziff. 3 b, Meisner zu § 1910 Note 1. — **b**) Carlebach, DNotV. **05** 447. § 1910 Abs. 2 und die Auslegung dieser Bestimmung durch das KG. (s. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 1 a) machen rechtlich die Einleitung einer Vormundschaft und damit einer Entmündigung für die meisten Fälle überflüssig. Wenn der Pfleger auch der obervormundschaftlichen Aufsicht unterliegt, so ist doch bei dem Pfleger die gerichtliche Prüfung auf den Geschäftskreis des Pflegers beschränkt; ein Hausverkauf kann äußerst zweckmäßig, es kann dabei aber doch fraglich sein, ob im Falle einer Vormundschaft vom Gesichtspunkte der Vormundschaftsführung aus zum Hausverkauf hätte geschritten werden müssen. — 455. In der offenen Handelsgesellschaft kann die geistige Umnachtung für und gegen den erkrankten Gesellschafter den Grund abgeben, zu verlangen, daß die Auflösung der Gesellschaft (§§ 131 b, 133 HGB.) oder nach § 140 HGB. gegen den erkrankten Gesellschafter der Ausschluß durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werde; sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann der nicht kranke Gesellschafter vom Gericht im streitigen Verfahren für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen; in solchen Fällen ist Pflegerbestellung genügend, auch wenn man die Ansicht des KG. (s. o.) nicht teilt, Entmündigung nicht erforderlich.

2. Möglichkeit der Bevollmächtigung. — Staudinger-Engelmann (2) zu § 1910 Ziff. 2 b. Die Möglichkeit, durch Bevollmächtigte die Angelegenheiten ordnungsmäßig wahrzunehmen, schließt Pflegschaftsbedürfnis aus (s. JDR. **3** zu § 1910 Ziff. 2).

3. Wirkung. — *Hölder, Natürl. u. jurist. Personen 108 ff. Die Pflegschaft schließt, solange sie besteht, die selbständige Besorgung der Angelegenheiten, für die sie bestellt ist, durch den Pflegling aus (s. JDR. **2** zu § 1910 Ziff. 4).

4. Verständigung. — **a**) ZBlFG. **6** 262, KGJ. **30** A 28, R. **05** 479 (KG.), hält die frühere Ansicht (s. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 5 b), daß mit Geisteskranken (§ 104 Ziff. 2) Verständigung unmöglich sei, nicht aufrecht. Verständigung ist vielmehr dann möglich, wenn dem Kranken die Absicht und Bedeutung der Pflegschaftsanordnung verständlich gemacht werden und der Kranke dem Gerichte verständlich sein Einverständnis äußern kann; Geisteskrankheit im

Sinne des § 104 Ziff. 2 kann eine solche Verständigung ausschließen, nicht jede Geisteskrankheit schließt sie aber aus, vielmehr bedarf es in jedem Falle besonderer Prüfung und Feststellung (s. a. JDR. 3 zu § 1910). — **b)** AA. unter Berufung auf Planck zu § 1910 Note 2d. BayObLG. **6** 286, ZBl. FG. **6** 280, R. **05** 314, KGJ. **30** A 295, SeuffA. **60** 404, SeuffBl. **05** 526. Wenn der Pflegebefohlene in der Frage, ob er der Anordnung der Pflegschaft zustimmen solle, unter der Herrschaft von Wahnvorstellungen stand, die seine freie Willensbestimmung ausschlossen, so war in dieser Angelegenheit eine Verständigung mit ihm nicht möglich; sein Widerspruch erschien nicht als das Ergebnis einer Verständigung, sondern als Ausfluß seiner krankhaften Vorstellungen und vermochte deshalb die Anordnung einer Pflegschaft nicht zu hindern. — **c)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1909 Ziff. 2dδ. Unmöglich ist eine Verständigung mit einer im Sinne des § 104 Nr. 2 geisteskranken Person.

5. Pflegschaft bei Versetzung in den Ruhestand. ZBlFG. **6** 262, KGJ. **30** A 28, R. **05** 479 (KG.). Die im § 62 RBG. vorgesehene Pflegschaft im Interesse der Fortführung und Beendigung des Verfahrens auf Versetzung in den Ruhestand ist eine im öffentlichen Rechte angeordnete und deshalb von den Vorschriften des BGB. unberührt (auch weil Reichsrecht in Frage kommt und seine Aufhebung sich nicht ergibt). Deshalb ist Einwilligung nach § 1910 Abs. 3 nicht erforderlich. — Zuständig für diese Pflegschaftsanordnung, für die in Preußen nach einem Staatsministerialbeschluß v. 26. Mai 1864 die Verwaltungsbehörde zuständig ist, ist nach der allgemeinen Fassung des § 38 FGG. jedenfalls auch das Gericht und das Vormundschaftsgericht kann deshalb auf Ansuchen der Verwaltungsbehörde, die im allgemeinen über das Pflegschaftsbedürfnis zu befinden hat, die Pflegschaft anordnen; in diesem Falle hat das Gericht auch selbständig zu entscheiden, ob Pflegerbestellung erforderlich erscheint, was dann der Fall ist, wenn die Eigenart des Gebrechens die Verhandlungen im Zwangspensionierungsverfahren wesentlich erschwert (s. JDR. **1** zu § 1910 Ziff. 1d).

§ 1911. 1. Begriff der Abwesenheit. — **a)** R. **05** 619 (Kassel). Der Aufenthalt ist unbekannt, wenn die Möglichkeit fehlt, ihn auf Grund einer zeitlich nicht allzufern liegenden Lebenskunde zu ermitteln; das Kennen des Aufenthaltsorts setzt nicht voraus, daß man in jedem Augenblicke genaue Kunde von der Person hat. — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1911 Ziff. 2. Auch der spurlos Verschwundene ist abwesend, wenn auch Entfernung vom Wohnsitze nicht nachweisbar ist.

2. Eine der Fürsorge bedürfende Vermögensangelegenheit als Voraussetzung. — **a)** Die JDR. **2** zu § 1911 Ziff. 1a u. c mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. findet sich auch OLG. **10** 17. — **b)** BayObLG. **5** 677, R. **05** 18, RheinANB. **22** 155, SeuffBl. **05** 180. Bei der Ungewißheit, die darüber herrscht, ob der Abwesende den Erbfall erlebt hat, ist er allerdings möglicherweise Erbe geworden, aber damit noch kein Bedürfnis der Fürsorge in einer Vermögensangelegenheit gegeben: Annahmeerklärung ist nicht erforderlich (§ 1942), Erbteilung kann wegen der Ungewißheit, ob er Miterbe geworden ist, nicht erfolgen. Sicherungsmaßregeln betreffs des Erbteils, dessen Erbe unbekannt ist, hat das Nachlaßgericht von Amts wegen zu treffen (§ 1960). Deshalb ist für Abwesenheitspflegschaft regelmäßig kein Bedürfnis (s. JDR. **2** zu § 1911 Ziff. 1a). — **c)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1911 Ziff. 3b. Die Fürsorge des Pflegers erstreckt sich nicht auf persönliche Angelegenheiten des Abwesenden; das Gegenteil kann auch bei der Bestellung nicht bestimmt werden (s. auch unten zu 5).

3. Wirkung der Pflegschaft. — SächsOLG. **26** 311. Der durch einen

Abwesenheitspfleger vertretene Verschollene wird über die Grenze der Lebensvermutung des § 19 hinaus bis zu dem aus § 1921 Abs. 2 bzw. 3 sich ergebenden Zeitpunkt zum mindesten für die Zwecke der Parteifähigkeit als lebend behandelt, der Pfleger ist für das Leben also nicht beweispflichtig, da er sonst seine Aufgabe, den Verschollenen in der Geltendmachung bereits erworbener Rechte zu vertreten und zu schützen, nicht erfüllen könnte. Der Pfleger gilt gegebenenfalls als Vertreter der Erben: Zahlung an ihn befreit den Schuldner.

4. SeuffA. **60** 341, R. **05** 282 (KG.). Aufgabe des Pflegers eines abwesenden Miterben ist auch die Feststellung zweifelhafter Nachlaßforderungen und die Anerkennung der Ansprüche Dritter gegen den Nachlaß, da ohne Feststellung der Passivmasse die Auseinandersetzung unmöglich ist.

5. Todeserklärung. — **a)** LG. Berlin I, KGBl. **05** 74. Der Pfleger ist im Interesse der Beendigung der Pflegschaft befugt, den Antrag auf Todeserklärung des Verschollenen zu stellen; es entspricht dies der Absicht des Gesetzes, die im Wortlaute zutreffenden Ausdruck gefunden hat. — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1911 Ziff. 3c. Der Abwesenheitspfleger ist berechtigt, den Antrag auf Todeserklärung zu stellen, und zwar als gesetzlicher Vertreter, sonst müßte man ihm selbständige Antragsberechtigung wegen seines rechtlichen Interesses zugestehen und ihn besser stellen als Vater nnd Vormund, die obervormundschaftlicher Genehmigung bedürfen. — **c)** AG. und LG. Frankfurt a. O., KGBl. **05** 51. Der Wirkungskreis des Abwesenheitspflegers beschränkt sich auf die Vermögensangelegenheiten und kann auch nicht auf die persönlichen erstreckt werden. Zum Antrag auf Todeserklärung, die keine Vermögensangelegenheit ist, ist nur der Vertreter befugt, dem die Personensorge obliegt, also nicht der Abwesenheitspfleger (s. JDR. **1** zu § 1911 Ziff. 5 u. **2** zu § 1911 Ziff. 2b).

6. Pflegschaft nach § 334 StPO. — **a)** KGJ. **29** A 238, ZBlFG. **6** 146, RheinARV. **22** 168 ff. Die gemäß § 334 Abs. 2 Satz 2 StPO. einzuleitende Güterpflege ist eine Abwesenheitspflegschaft im Sinne des § 1911 (cura personae); der Pfleger übt statt des Angeschuldigten das diesem verbliebene Verfügungsrecht aus, während der Angeschuldigte selbst lediglich die Verfügungsfähigkeit verliert, ähnlich wie der Entmündigte, weshalb für die Eintragung der Beschränkung im Grundbuche kein Raum ist. (Die Beschlagnahme ist lediglich Gestellungsmittel, dient nicht zur Sicherung irgendwelcher Vermögensansprüche.) — **b)** Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 81 ff. Die Güterpflege nach § 334 StPO. ist Vermögenspflegschaft, nicht eine Abwesenheitspflegschaft, da der Angeschuldigte das Verwaltungsrecht verliert, sie ist aber Vermögenspflegschaft im Interesse eines Einzigen, da das Vermögen, mit dessen Beschlagnahme der strafprozessuale Zweck erfüllt ist, im Interesse des Angeschnldigten durch die Pflegschaft vor Schaden bewahrt werden soll. Das beschlagnahmte Vermögen ist aber kein selbständiges Sondervermögen; es gibt keine Klage des Güterpflegers gegen den flüchtigen Beschuldigten (180); s. JDR. **1** zu § 1911 Ziff. 4.

7. Zuständigkeit (s. JDR. **3** zu § 1911 Ziff. 3). — BayObLG. 5 675. Ein seit seiner Abreise Verschollener, von dem also gar nicht feststeht, daß er in das Ausland gelangt ist und sich dort 10 Jahre lang aufgehalten hat, muß rechtlich nach wie vor als Inländer gelten; für die Abwesenheitspflegschaft wird daher die Zuständigkeit durch § 36 Abs. 2 FGG. bestimmt.

8. Statutenkollision. Entsch. d. Bezirksgerichts Zürich v. 17. 1. 05, ZBlFG. **5** 840. Nach Art. 10 des schweiz. BundesGes. betr. die zivilrechtl. Verhältnisse d. Niedergelassenen und Aufenthalter, ist für die Statutenkollision bezüglich des Vormundschaftsrechts regelmäßig das Recht des Wohnsitzes des zu Bevormundenden maßgebend. Für die Abwesenheitspflegschaft im Sinne des § 1911 Abs. 1 BGB. ist aber hierunter der Wohnsitz, von dem sich der Ab-

wesende entfernt hat, zu verstehen, da das Gesetz unmöglich die Anwendung des Rechtes eines Ortes verlangen kann, den man nicht kennt. Deshalb wurde in einem Falle, in dem der Beklagte sich von seinem deutschen Wohnorte nach der Schweiz entfernt, aber wegen Unbekanntsein seines Aufenthalts von dem deutschen Gericht einen Abwesenheitspfleger erhalten hatte und von diesem in einem Prozesse vor dem deutschen Gericht vertreten war, in dem Verfahren vor dem Schweizer Gericht zur Erwirkung des Vollstreckungsurteils die Anwendung des deutschen Rechtes auf die Anordnung der Abwesenheitspflegschaft, ihre Voraussetzungen und Wirkungen, namentlich auch auf die Frage, ob durch Rechtshandlungen des Pflegers der Gerichtsstand des Schweizer Wohnsitzes stillschweigend prorogiert werden konnte, als dem Schweizer Recht entsprechend erklärt. Es wurde dann weiter angenommen, daß der Pfleger im Gerichtsstande des Vermögensbesitzes (§ 23 ZPO.) den Abwesenden nicht nur hinsichtlich des Vermögens im Deutschen Reiche vertritt, sondern innerhalb seiner Aufgabe hinsichtlich des Vermögens überhaupt.

9. Meisner, Note 2 zu § 1911. Die Gestaltung der Abwesenheitspflegschaft im BGB. (Beschränkung auf den Fall des Interesses des Abwesenden) entspricht nicht dem praktischen Bedürfnisse; z. B. bei Kündigung, Entpfändung einzelner Parzellen.

§ 1912. 1. Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 92, 167 ff. Der Pfleger aus § 1912 ist Personenpfleger; der nasciturus ist Quasiperson. Der Pfleger, dessen Tätigkeit sowohl Vermögensangelegenheiten als persönliche umfassen kann, ist Vertreter des nasciturus. Er hat eine andere Stellung als der Nachlaßpfleger und kann deshalb neben letzterem bestellt werden, wenn auch das Bestehen der Nachlaßpflegschaft das Bedürfnis für eine Pflegschaft aus § 1912 ausschließen kann.

2. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1912 Ziff. 3a. Es kann nicht nur die Legitimation des für die Leibesfrucht handelnden Elternteils wegen angeblicher Unehelichkeit der Leibesfrucht, sondern auch die Legitimation des Pflegers wegen angeblicher Ehelichkeit der Leibesfrucht bestritten werden (s. IDR. **3** zu § 1912 Ziff. 3).

3. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1912 Ziff. 7 b). Kommt kein Kind zur Welt, so hat der Pfleger keinen Anspruch auf Auslagenersatz (s. IDR. **3** zu § 1912 Ziff. 4).

§ 1913. 1. **a**) Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 81, 168. Die Pflegschaft nach § 1913 ist Personenpflegschaft. Ein der natürlichen Person gleich zu behandelndes Gebilde ist der noch nicht erzeugte Nacherbe im Falle des § 1913; denn auch für ihn wird ein Pfleger ernannt, findet also eine Vertretung statt. — **b**) KG. 17. 10. 04, DJZ. **05** 73. Rechte zugunsten Ungeborener. — **c**) *Hölder, Nat. u. jur. Personen 317. Die Bestimmung des § 1913 zeigt, daß die dem Pfleger zukommende Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters nicht notwendig einen bestimmten Vertretenen fordert, wie auch der Abwesenheitspfleger anstatt eines Pflegers des Abwesenden ein Pfleger seines Nachlasses sein kann, weil jener nicht mehr lebt.

2. Pflegschaft nur im Interesse der Beteiligten. — **a**) KGJ. **29** B 83. Die Pflegschaft aus § 1913 Satz 2 BGB. darf nur im Interesse des Nacherben angeordnet werden; wird ein solcher nicht geboren, so gebricht es an einem Kostenschuldner und es können deshalb für die Pflegschaft keine Kosten in Ansatz kommen. — **b**) Salinger, JW. **05** 518. Das Fürsorgebedürfnis muß sich auf die Interessen des unbekannten oder ungewissen Beteiligten beziehen, die Pflegschaft kann nicht von einem Dritten in dessen ausschließlichem Interesse beantragt werden. Ebenso PosMSchr. **05** 92 (KG.), IDR. **3** zu § 1913.

3. Rechtserwerb für die unbekannten Beteiligten. **a)** RG. JW. **05** 694. Die Eintragung einer Hypothek für die jetzige oder künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person ist nach BGB. zweifellos gültig: nach § 1913 Satz 2, 2101, 2162 Abs. 2, 2178 ist einer noch nicht erzeugten Nachkommenschaft erbrechtliche Erwerbsfähigkeit zugestanden, deshalb müssen ihr auch auf anderen Gebieten ähnliche Rechte eingeräumt werden; in Mot. III 641 wird anerkannt, daß Hypothekbestellung für die künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person zuzulassen ist, § 1115 verlangt nur hinlängliche Bestimmtheit des Gläubigers, was durch Bezeichnung der Stammeltern der künftigen Nachkommenschaft genügend gewahrt wird. — **b)** KGJ. **29** A 153 (DJZ. **05** 73), OLG. **10** 72 (KG.). Durch § 1913 ist nicht die Möglichkeit gegeben, schon jetzt Rechte für einen noch nicht Geborenen zu schaffen, wo das Gesetz die Möglichkeit eines Rechtserwerbes nicht ausdrücklich anerkannt hat; die Vertretung bezweckt nur den Schutz der Interessen der Ungeborenen hinsichtlich solcher Rechte, die schon vor der Geburt für den Fall der Geburt rechtswirksam begründet werden können. Der Deszendenzpfleger kann daher zwar die Rechte der Pflegebefohlenen hinsichtlich eines Vermächtnisses (§§ 2162 Abs. 2, 2178) wahrnehmen und im Rahmen dieser Verwaltung auch die unmittelbar aus dem Nachlaß erlangten Werte in andere umsetzen (Schaffung von Forderungsrechten: Anlegung von Geld auf Hypothek, in Wertpapieren; Anschaffung von Sachen, Grundstücken); der Pfleger darf aber, abgesehen von dieser Verwaltungsbefugnis, nicht durch selbständige Verträge neue Rechte für einen Ungeborenen erst schaffen (s. JDR **1** zu § 1913 Ziff. 1).

4. Pflegschaft neben einem Testamentsvollstrecker. — **a)** OLG. **10** 305 (KG.). Der Wille des Erblassers, der dieselbe Person zum Testamentsvollstrecker und Pfleger der als Nacherben eingesetzten Deszendenz ernannt und damit gleichzeitige Ausübung der Rechte des Vorerben und der Nacherbenrechte der Deszendenz im Umfang ihrer gesetzlichen Anerkennung bezweckt hat, kann dadurch zur Geltung gebracht werden, daß der Benannte in seiner Eigenschaft als Vollstrecker auch die Nacherbenrechte ausübt, auch ohne daß eine von diesem zu versehende, die Ausübung der Nacherbenrechte betreffende Pflegschaft eingeleitet wird; eine solche gleichzeitige Ausübung der Rechte der Vor- und Nacherben ist zulässig, da der Vollstrecker nicht Vertreter der Erben im Sinne des § 181 ist, überdies eine Gestattung vorliegen würde. Es kann aber eine Vigilanzpflegschaft daneben eingeleitet werden zur Überwachung des Vollstreckers (Abstellung von Pflichtwidrigkeiten und Mißständen, Antrag auf Entlassung), nicht aber zur Vornahme von Rechtshandlungen des Nacherben gegenüber dem Vorerben; eine solche Vigilanzpflegschaft enthält keinen Eingriff in die Rechte des Vollstreckers, die Bedürfnisfrage hat das Gericht zu beurteilen. Nur für die Ausübung der Nacherbenrechte ist die Benennung erfolgt, als Vigilanzpfleger kann eine andere Person bestellt werden. — **b)** Döhl, DJZ. **05** 907. Wenn der Ehegatte zum befreiten Vorerben eingesetzt ist und ihm außerdem als Testamentsvollstrecker die Vertretung der Nacherben mit dem Rechte zum Selbstkontrahieren verliehen ist, so kann er in Vertretung sämtlicher Beteiligter verfügen; als Testamentsvollstrecker liegt ihm die Prüfung ob, ob er als Vorerbe seine Befugnisse (§ 2136 BGB.) nicht überschreitet. Da hier der Bewachte und der Überwachende dem Willen des Erblassers gemäß dieselbe Person ist, so kann einem etwaigen Mißbrauch ein von dem Vormundschaftsgericht ernannter Pfleger gemäß §§ 2219, 2227 BGB. entgegentreten (s. JDR. **1** zu § 1913 Ziff. 1d). — **c)** ZBlFG. **6** 370 (Dresden). An einem Bedürfnis für eine Pflegschaft zugunsten unbekannter Nacherben (zwecks Durchführung des Anspruchs auf Nachlaßverzeichnis) fehlt es, wenn ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, dem auch die Wahrung der Rechte der Nacherben von

dem Erblasser übertragen ist; gegen Pflegschaftsanordnung steht dem Testamentsvollstrecker Beschwerde zu, schon deshalb, weil die Kosten der Pflegschaft dem durch den Testamentsvollstrecker vertretenen Nachlaß zur Last fallen (§ 5 Abs. 2 SächsG. v. 21. 6. 00). — **d)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1913 Ziff. 2b. Ausschluß des Schutzbedürfnisses durch Testamentsvollstrecker; u. Ziff. 6: Gegen Pflegschaftsanordnung wird kaum jemals Beschwerde zulässig sein, mangels Rechtsbeeinträchtigung.

5. **a)** OLG. **10** 18 (KG.). Die Miterben sind wegen der Notwendigkeit gemeinschaftlicher Verwaltung des Nachlasses und Verfügung über die Nachlaßstücke rechtlich interessiert und beschwerdeberechtigt gegen Ablehnung einer Pflegschaft über unbekannte Miterben; diese formelle Beschwerdeberechtigung ist unabhängig von der Frage, ob ein Interesse der unbekannten Erben an Pflegerbestellung vorliegt, welches die Voraussetzung für die Pflegschaft bildet. — **b)** Unger, BuschsZ. **34** 293 Note 129 tritt der JDR. **1** zu § 1913 Ziff. 2 mitgeteilten Ansicht des BayObLG. bei, die das Beschwerderecht des Vaters ausschließt bei Anordnung einer Pflegschaft über ungeborene Kinder.

6. Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 119 ff. Das Urteil, welches während der Pflegschaft über einen ungewissen Beteiligten (§ 1913) ergeht, ist nicht für und gegen diesen vollstreckbar, wie sich aus § 750 ZPO. ergibt; es ist neue Klage notwendig.

§ 1914. 1. Rechtsnatur des Sammelvermögens. **a)** Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 79 ff. Die Pflegschaft nach § 1914 ist Vermögenspflegschaft. Der Pfleger hat nicht die Stellung des weggefallenen Komitees, das die Spender vertrat. Das Vermögen ist selbständiges Sondervermögen (181[24]). — **b)** Beyer, Surrogation 333. Das Sammelvermögen ist Gesellschaftsvermögen, die Sammler sind Geschäftsführer; diese werden aber z. B. mit dem ausführenden Künstler, der das Denkmal schaffen soll, in eigenem Namen kontrahieren, so daß sie auch allein verklagt werden können, die Beitragenden könnten sie doch nur bis zum Betrage des Sammelvermögens verpflichten. Beim Sammelvermögen tritt keine Surrogation, sondern Bewidmung ein; es kommt darauf an, ob für das Vermögen erworben ist (337[1], vgl. auch 8[3]). — **c)** *Meisner zu § 1914. Die Beiträge bilden ein zu einem bestimmten Zwecke gesammeltes gemeinsames Eigentum zur gesamten Hand der Beitragenden, das von dem Komitee als Geschäftsführer zu verwalten ist.

2. Wegfall der Verwalter. — *Hölder, Natürl. u. jurist. Personen 322 f. Die Macht über das Sammelvermögen ist nicht eine private, sondern eine amtliche, und die zu seiner Verwaltung und Verwendung berufenen Personen sind nicht nur weggefallen, wenn sie gestorben sind, sondern auch wenn sie seiner Verwaltung sich nicht gewachsen erweisen oder bezüglich seiner Verwendung von seinem Zwecke abweichen (s. JDR. **3** zu § 1914 Ziff. 4).

3. Aufgabe des Pflegers. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1914 Fortsetzung der Sammeltätigkeit gehört nicht zu den Aufgaben des Pflegers. AM. Meisner zu § 1914.

4. Einschreiten des Gerichts von Amts wegen. Staudinger-Engelmann (2) zu § 1914 Ziff. 5. Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 1914 ist die Pflegschaft von Amts wegen anzuordnen, eine Prüfung der Bedürfnisfrage durch das Vormundschaftsgericht ist nicht zulässig (s. JDR. **1** zu § 1914 Ziff. 3).

§ 1915. **a)** Unger, BuschsZ. **34** 293 Note 129 bezeichnet die JDR. **3** zu § 1915 Ziff. 3 mitgeteilte Entscheidung des BayObLG. als unrichtig, soweit dem Pfleger für seine Person Beschwerde zugestanden wird. — **b)** Neumann (4) Note 1 zu § 1915. Das Prinzip des § 1915 Abs. 1 erstreckt sich auf alle das

vormundschaftliche Verhältnis berührenden Vorschriften des BGB.; bei anderen Gesetzen ist es Auslegungsfrage, ob Vorschriften über Vormundschaft sich auf Pflegschaften beziehen. — Ebenso Staudinger-Engelmann (2) zu § 1915 Ziff. 1. Planck Note 1 zu § 1915 bezieht § 1915 auf alle Gesetze. — Goldschmidt, Nachlaßpflegschaft 14. Es genügt, daß aus dem Sinne einer Bestimmung des Vormundschaftsrechts ihre Unanwendbarkeit auf die Pflegschaft sich ergibt, es braucht nicht ausdrücklich eine abweichende Anordnung getroffen zu sein.

§ 1918. **a)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1918 Ziff. 1a. Die Pflegschaft nach § 1909 endigt auch dann, wenn an die elterliche Gewalt die Altersvormundschaft oder umgekehrt oder an die Altersvormundschaft eine solche nach §§ 1896 oder 1906 sich anschließt, so daß bei Verhinderung des neuen Gewalthabers oder Vormundes eine neue Pflegschaft anzuordnen ist. AA. Neumann (4) Note 6 zu § 1918. — **b)** Nach Staudinger-Engelmann (2) Note 1aβ ist auch das „Ruhen" der Gewalt „Beendigung" im Sinne des § 1918 (s. IDR. **3** zu § 1918 Ziff. 1). — **c)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1918 Note 1b. Besteht das Pflegschaftsbedürfnis nach der Geburt des Kindes fort, so ist ein neuer Pfleger zu bestellen; die Bestellung schon vor der Geburt ist nicht zulässig. In letzterer Beziehung aA. Planck Note 3 zu § 1918. — **d)** Staudinger-Engelmann (2) Note 7aα zu § 1912. § 1918 Abs. 2 gilt auch für den Fall der Totgeburt (s. IDR. **2** zu § 1918 Ziff. 2).

§ 1920. **a)** Die IDR. **3** zu § 1920 mitgeteilten Entscheidungen des Bay. ObLG. und KG. finden sich auch OLG. **10** 15 ff., die des KG. auch R. **05** 25. — **b)** Staudinger-Engelmann (2) zu § 1920 Ziff. 1. Der Aufhebungsantrag ist rechtsgeschäftliche Willenserklärung, daher nichtig bei Geschäftsunfähigkeit infolge Geisteskrankheit im Sinne des § 104².

Fünftes Buch. Erbrecht.

Vorbemerkung: Die Lehre vom Erbrecht ist im Berichtsjahre vor allem durch Dernburgs „Deutsches Erbrecht" gefördert worden, das angesichts der hervorragenden Bedeutung des Werkes in besonders wesentlichen Punkten Berücksichtigung gefunden hat.

Literatur: Dernburg, Das bürgerliche Recht. 5. Deutsches Erbrecht. — Klossowski, Das Erbrecht nach dem deutschen BGB., ÖstNotZ. **05** 9.

Erster Abschnitt. Erbfolge.

Vorbemerkung: Unter den wenigen Erkenntnissen, die zum 1. Abschnitt ergangen sind, ist das des RG. zu § 1924 hervorzuheben. In der Literatur ist vor allem die Frage erörtert worden, ob der Erblasser die Verbrennung seiner Leiche testamentarisch rechtswirksam anordnen kann.

Literatur: Pfützner, Der Fiskus als gesetzlicher Erbe. Dresden 1905.

§ 1922. 1. Dernburg 22 Anm. 3. Die Nachlaßverbindlichkeiten sind nicht als Bestandteile des Vermögens zu erachten. Ihr Übergang auf den Erben ist vielmehr nur eine sekundäre Folge des Überganges des Vermögens. Die Wortfassung des § 1922 Abs. 1 ist für die entgegengesetzte Ansicht nicht entscheidend (vgl. IDR. **1**, **2** u. **3** zu § 1922).

2. *Reichold, BayRpflZ. **05** 317 f. Leben Ehegatten in Gütergemeinschaft, so fällt mit dem Erbfalle, sofern nicht ausdrücklich letztwillig vom Erblasser ein anderes bestimmt ist, die Erbschaft in die gütergemeinschaftliche Masse. Ist die Ehefrau Miterbin, so ist der Ehemann selbst dann allein und ohne deren Zustimmung berechtigt, über den Nachlaßanteil zu verfügen, wenn ein Grundstück zum Nachlasse gehört.

3. Adam, PrVolksschulA. **4** 201 ff. Die Gnadenbezüge der Hinterbliebenen eines Volksschullehrers gehören nicht zu dessen Nachlaß. Sie verbleiben den Hinterbliebenen auch dann, wenn sie nicht Erbe werden.

4. **RG.** JW. **05** 437. Einen Erbanspruch oder ein Erbrecht an einem Bestandteile des Nachlasses, der Erbschaft, gibt es begrifflich nach dem Rechte des BGB. nicht; ein solcher Anspruch oder ein solches Erbrecht kann deshalb weder Gegenstand der Verfügung noch der Verpflichtung des Erben oder Miterben sein.

§ 1923. 1. Dernburg 25. Nichtrechtsfähige Vereine können nicht gültig zu Erben eingesetzt werden, ebensowenig Gesellschaften, auch nicht eine offene Handelsgesellschaft. Es ist nicht anzunehmen, daß im Falle der letztwilligen Erbeinsetzung einer solchen Verbindung die sämtlichen Mitglieder für ihre Person als Erben eingesetzt sind. Auch eine bereits erloschene juristische Person kann nicht erben. Ist sie noch im Stadium der Liquidation, so ist sie noch nicht schlechthin erbunfähig.

2. ZBlFG. **5** 435 (KG.) vgl. bereits JDR. **3** zu § 1923.

Zu §§ 1924, 1925. OLG. **11** 254 (KG.). Mit einer Zuwendung an „die gesetzlichen Erben" oder „die nächsten Verwandten" gibt der Erblasser zu erkennen, daß er eine Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge, wie sie zur Zeit seines Todes gesetzlich bestehen wird, nicht beabsichtigt.

§ 1924. Abs. 2. **RG.** JW. **05** 396, DNotV. **05** 570, DJZ. **05** 698, NaumburgAK. **05** 67, R. **05** 343, 474. Es fehlt an einer ausdrücklichen Vorschrift im BGB. darüber, wie der Ausschluß eines Abkömmlings als Erben auf die weiteren Abkömmlinge gesetzlich einwirkt. Für die Fälle der Ausschlagung der Erbschaft oder der Erbunwürdigkeit gilt nach den §§ 1953, 2344 BGB. der Anfall als nicht erfolgt, so daß der noch lebende Abkömmling in diesen Fällen seine Nachkommen von der Erbschaft nicht ausschließt. § 1972 I. Entw. wollte die gleiche Folge im Falle des Erbverzichts und des Ausschlusses von der Erbschaft festsetzen. Für ersteren Fall wurde später eine andere Vorschrift aufgenommen, die den Verzicht im Zweifel auf den Stamm erstreckt (§§ 2346, 2349 BGB.). Daß man für letzteren Fall nicht das gleiche bestimmt hat, ergibt, daß man diese weitere Folge hier nicht eintreten lassen wollte (so überwiegend die Literatur, vgl. die Übersicht bei Staudinger (2) Anm. 2 zu § 1924 BGB. und JDR. **1** u. **3** zu § 1924).

§ 1931. 1. **RG.** BadNotZ. **3** 100. Unter die „Erben", an die bei kinderloser Ehe auf Grund eines altrechtlichen Ehevertrags der Nachlaß eines Gatten nutznießungsfrei auszuliefern ist, ist nach § 1931 auch der andere Ehegatte miteinzubeziehen.

2. SächsA. **15** 115 (Dresden). Ein gesetzliches Erbrecht steht der Ehefrau nicht zu, wenn sie bei Lebzeiten des Mannes die Ehe auf Grund des § 1333 im Wege der Klage angefochten hat und der Mann vor der Rechtskraft des Urteils, das die Ehe für nichtig erklärt, gestorben ist.

3. R. **05** 565 (BayObLG.). Der Ehegatte kann des ihm gegenüber dem anderen Ehegatten nach dem BGB. zustehenden Erbrechts nur entweder durch Erbverzicht oder durch eine letztwillig verfügte Ausschließung von der Erbfolge, nicht auch durch bloßen Ehevertrag, falls dieser nach altem Rechte der Form letztwilliger Verfügungen ermangelte, verlustig gehen.

4. KGJ. **30** A 72 (KG.). Hat der Güterstand einer am 1. 1. 00 bestandenen Ehe erbrechtliche Wirkungen, so sind, auch wenn einer der Ehegatten nach dem 1. 1. 00 verstirbt, diese ausschließlich für die Beerbung maßgebend, und es findet das Ehegattenerbrecht des BGB. nicht daneben Anwendung.

§ 1936. Pfützner a. a. O. erörtert nach einer geschichtlichen Einleitung die Rechtsstellung des Fiskus als gesetzlichen Erben im Anschluß an die Vor=

schriften des BGB. Er behandelt insbesondere auch den gesetzlichen Anfall des Vermögens juristischer Personen an den Fiskus und die das Erbrecht des Fiskus und das Urheberrecht betreffenden Fragen, letztere im Anschluß an Wolff (vgl. JDR. 3 zu § 1936).

§ 1937. 1. Francke, BayRpflZ. **05** 214 ff. Es gibt nicht nur Testamente und Erbvertragsurkunden, sondern auch Urkunden testamentarischen und erbvertraglichen Inhalts und zwar auch Urkunden erbvertraglichen und überwiegend testamentarischen Inhalts.

2. R. **05** 80 (BayObLG.). Die in einem Ehe- und Erbvertrage getroffene Bestimmung, daß für den Fall des Todes eines Ehegatten der überlebende beim Vorhandensein von Kindern diesen die eine Vermögenshälfte als Vater- oder Muttergut auszuzeigen hat und dagegen Alleineigentümer des ganzen Nachlaßvermögens werden soll, enthält keine Erbeinsetzung des überlebenden Ehegatten.

§ 1938. Vgl. o. zu § 1924.

§ 1940. Bezüglich der Frage, ob testamentarisch rechtswirksam die Leichenverbrennung angeordnet werden kann, führen aus: **a**) Sandheim, R. **05** 43. Da ein Verfügungsrecht über den Körper des Erblassers erst mit dem Tode entsteht und allein den Erben zusteht, ist eine letztwillige Verfügung über das, was mit der Leiche des Erblassers geschehen soll, juristisch lediglich ein Wunsch, dessen Erfüllung von der Willfährigkeit der Erben abhängt. Der Erblasser kann indes rechtswirksam die Verbrennung seiner Leiche durch Auflage anordnen. — **b**) Letzteres nimmt auch Marcus, ZBlFG. **5** 767 ff. an. Nach ihm kann die Vollziehung der Auflage dadurch gesichert werden, daß der Erblasser den Beschwerten verpflichtet, falls die Feuerbestattung aus irgendeinem Grunde unterbleibt, eine bestimmte Summe an einen Dritten auszuzahlen (vgl. Dernburg 243). — **c**) Nach Josef, R. **05** 103 f., dagegen kann der Erblasser die Verbrennung seiner Leiche als Auflage nicht anordnen; denn zum Wesen der Auflage gehört der Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz behufs ihrer Vollziehung. Da das Recht und die Pflicht der Hinterbliebenen zur Beerdigung nicht auf Gesetz, sondern auf Sitte und Herkommen beruht, so können sie nicht den Schutz des Privatrechts zum Schutze jener Verfügungsbefugnis über die Leiche anrufen. — **d**) *Hilse, „Flamme" **05** 4455 und ABürgR. **26** 361. Dem Erblasser ist die Wahl über die Bestattung vorbehalten (§ 457 II. 11 ALR.). Er kann jedoch die Einäscherung seiner Leiche nur in einem formgerecht errichteten Testament anordnen, weil die Bestimmung des § 169 I. 12 ALR. außer Kraft getreten ist. — **e**) Vgl. u. § 2197.

Zweiter Abschnitt. Rechtliche Stellung des Erben.

Erster Titel. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. Fürsorge des Nachlaßgerichts.

Vorbemerkung: Aus der Literatur ist zu diesem Titel vor allem die Breitsche Abhandlung über die Versäumung der Ausschlagungsfrist und deren Anfechtung wegen Irrtums, die sich eingehend mit dem JDR. **3** § 1956 mitgeteilten RG. Erkenntnis beschäftigt, zu erwähnen. Unter den ergangenen Entscheidungen interessiert vor allem **RG. 60** 179 ff. (§ 1958 Ziff. 3), wonach der Erbe vor erfolgter Annahme der Erbschaft der Passivlegitimation entbehrt. KG. erörtert eingehend das vom Nachlaßgericht vor Feststellung des Erbrechts des Fiskus einzuschlagende Verfahren (RJA. **6** 106).

Literatur: Breit, Die Versäumung der Ausschlagungsfrist und ihre Anfechtung wegen Irrtums, DNotV. **05** 141 ff. — Goldschmidt, Die Nachlaßpflegschaft des BGB. eine Pflegschaft über ein selbständiges Sondervermögen; zugleich der Versuch einer Grundlegung für eine Lehre von den Quasipersonen. Berlin 1905.

§ 1942. R. **05** 80 (BayObLG.). Die Erklärung des überlebenden Ehegatten, daß er die im BGB. bestimmte Erbfolge ausschlage und auf Grund des

bisherigen Landrechts und nach dem bisherigen Güterstande den Nachlaß in Anspruch nehme, hat nicht die Bedeutung der Ausschlagung der Erbschaft im Sinne der §§ 1942 ff.

§ 1943. Dernburg 408. Die Annahme muß so erklärt sein, wie dies nach den Lebensverhältnissen für einen solchen Akt gebräuchlich ist. Daher kann die Annahme zweifellos bei Gericht oder Notar geschehen, insbesondere auch durch eine schriftliche Eingabe an das Nachlaßgericht. Die Erklärung ist auch nicht um deswillen unwirksam, weil sie jemandem gegenüber erfolgt, der geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist (vgl. hierüber auch JDR. **1** und **3** zu § 1943).

§ 1944. 1. Dernburg 412. Hat der Erbe einen gesetzlichen Vertreter, so entscheidet über den Beginn der Ausschlagungsfrist nur dessen Aufenthaltsort und Kenntnis. Hat der Erbe einen Vertreter zur Ausschlagung bevollmächtigt, so entscheidet über den Beginn der Frist nur der Aufenthaltsort und die Kenntnis des Erben. AA. Planck zu § 1944. Vgl. JDR. **2** Ziff. 2 zu § 1944.

2. *Dennler, ZBlFG. **5** 534. Aus § 1944 kann nicht gefolgert werden, daß die Verkündung einer Verfügung von Todes wegen auch bei Nichtanwesenheit von Beteiligten zu erfolgen habe, denn die Verkündung ist nicht notwendig, um die Ausschlagungsfrist in Lauf zu setzen. Der Sinn des § 1944 ist nur der, daß, wenn eine Verkündung erfolgt ist, die Ausschlagungsfrist nicht vor dieser beginnt. Bei nicht stattgehabter Verkündung läuft die Ausschlagungsfrist erst von der Benachrichtigung an.

3. KGJ. **29** A 3, R. **05** 434 (KG.). Haben die näheren gesetzlichen Erben nur als solche die Erbschaft ausgeschlagen und ergibt sich später, daß sie als Testamentserben berufen waren, so beginnt für die entfernteren gesetzlichen Erben die Ausschlagungsfrist erst, nachdem die durch Testament berufenen Erben auch aus diesem Berufungsgrunde die Erbschaft ausgeschlagen haben.

4. SächsOLG. **26** 233. § 1944 setzt als Beginn der Ausschlagungsfrist nicht den Empfang einer amtlichen Mitteilung, sondern jede Kenntnis vom Erbanfalle. Unkenntnis vom Anfall ist nicht die Ungewißheit, zu welchem Bruchteile der Erbe berechtigt ist.

§ 1945. 1. Dernburg 411. Die Ausschlagung der Erbschaft ist auch dann gültig, wenn sie gegenüber einem örtlich unzuständigen Gericht erklärt ist (§ 7 FGG.). Gegen Dernburg wendet sich mit eingehender Begründung Jastrow, BuschsZ. **34** 499.

2. SeuffA. **60** 27 (Bamberg). Die einseitige Anerkennung eines nichtigen Testaments durch den gesetzlichen Erben enthält einen Verzicht auf das Intestaterbrecht, d. h. eine Ausschlagung der Erbschaft, und unterliegt der Form des § 1945.

3. OLG. **11** 225, RJA. **5** 143, KGJ. **29** A 40, ZBlFG. **6** 64, R. **05** 292 (KG.). Wird die öffentlich beglaubigte Urkunde über die Erbausschlagung eines gesetzlichen Vertreters für den von ihm vertretenen Minderjährigen dem Nachlaßgerichte gleichzeitig mit ihrer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung eingereicht, so ist die Ausschlagung rechtswirksam erklärt, auch wenn die Genehmigung nach Ausstellung und Beglaubigung der Ausschlagungsurkunde erteilt worden ist (vgl. auch JDR. **3** Ziff. 1 zu § 1945).

4. SächsOLG. **26** 233. Die im § 1945 geforderte öffentliche Beglaubigung der Ausschlagungserklärung ist die des § 129 BGB. Daß das Nachlaßgericht die hiergegen verstoßende Ausschlagung zunächst unbeanstandet läßt, ist keine Gesetzesverletzung, da das Nachlaßgericht nicht verpflichtet ist, die Ausschlagenden auf den Formmangel hinzuweisen.

5. KGJ. **29** A 3 (KG.). Ein entfernterer gesetzlicher Erbe kann bis zum Ablaufe der Ausschlagungsfrist den seiner früheren Ausschlagungserklärung anhaftenden Formmangel wirksam beseitigen.

§ 1953. 1. *Thal, Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen 126. Die bis zur Ausschlagung infolge Vereinigung von Nachlaß- und Erbenvermögen erloschenen Rechtsverhältnisse werden für den nunmehr Berufenen mit rückwirkender Kraft wiederhergestellt.

2. Vgl. o. Ziff. 3 zu § 1944.

3. SächsOLG. **26** 233. Die Mitteilungspflicht des Nachlaßgerichts (Abs. 3) besteht nur solchen Erben gegenüber, denen die Erbschaft infolge einer Ausschlagung angefallen ist, nicht gegenüber solchen, die schon ohnedies die Erben waren.

§ 1956. 1. Breit, DNotV. **05** 141 ff. Die Versäumung der Ausschlagungsfrist ist kein Rechtsgeschäft, wie Binder 76 und Endemann III 343 Anm. 2 annehmen. Die Ausschlagungsfrist ist vielmehr eine reine Ausschlußfrist. Der Erbe wird nach Ablauf der Ausschlagungsfrist Erbe nicht, weil sein vorausgesetzter Wille auf Annahme gerichtet war, sondern lediglich auf Grund des objektiven Sachverhalts: Unterlassung der Ausschlagungserklärung innerhalb der Frist. Nicht der Wille zur Annahme, sondern der Mangel der Ausschlagung ist Grund der Rechtsfolge. — Für die Zulässigkeit der Anfechtung nach § 1956 ist entscheidend, nicht ob der Erbe den Willen zur Annahme nicht gehabt hat, sondern ob er den Willen zur Ausschlagung innerhalb der Ausschlagungsfrist gehabt hat. Die Unkenntnis von der Notwendigkeit einer Ausschlagungserklärung ist kein Anfechtungsgrund. Zur Anfechtung ist vielmehr notwendig die Vereitelung einer Ausschlagungserklärung. Sobald der Erbe innerhalb der Ausschlagungsfrist seinen Willen, die Erbschaft auszuschlagen, erklärt hat, und zwar in der Meinung, daß er durch Abgabe dieser Erklärung die Erbschaft ausgeschlagen haben werde, ist die Versäumung anfechtbar. Verlangt wird sonach nur, daß der Erbe den Willen, die Erbschaft auszuschlagen, auch wirklich geäußert hat, daß er also eine wirksame rechtsgeschäftliche Ausschlagungserklärung abzugeben vermeinte: die bloße Absicht ohne entsprechende Erklärung genügt nur in den Fällen, wenn der Erbe an der Abgabe der Erklärung verhindert wurde. Dagegen kommt nichts darauf an, ob ihm ein Irrtum untergelaufen ist oder nicht. Beispiele anfechtbarer Tatbestände vgl. a. a. O. 162 ff. (vgl. zu den hier erörterten Fragen JDR. **2** und **3** zu § 1956).

2. OLG. **10** 295 (KG.). Die Versäumung der Ausschlagungsfrist an sich ist kein Rechtsgeschäft, keine Willenserklärung, sondern ein tatsächlicher Vorgang, der sich unabhängig vom Willen des Erben vollzieht. Wenn trotzdem ihre Anfechtung, von der begrifflich nur beim Vorhandensein eines Willenfehlers (Zwang, Irrtum, Betrug) die Rede sein kann, durch § 1956 zugelassen ist, so ergibt sich daraus, daß eine Anfechtung der Verabsäumung der Ausschlagungsfrist nur stattfinden kann, wenn die Verabsäumung sich als eine Betätigung des Willens des Erben darstellt. Was insbesondere die Anfechtung wegen Irrtums betrifft, so kann, wer von einer Tatsache nichts weiß, bezüglich dieser weder wollen noch nicht wollen und somit nicht im Irrtum sein. Die Anfechtung wegen Irrtums kann hiernach nur dann stattfinden, wenn die Unterlassung der Ausschlagung wissentlich, d. h. mit Kenntnis des § 1943 erfolgt war, da nur dann die Fristversäumung als eine — möglicherweise auf Irrtum beruhende — Willensbetätigung des Erben sich darstellt.

§ 1958. 1. Dernburg 414. Der Erbe muß beweisen, daß er innerhalb der Ausschlagungsfrist der Erbschaft entsagt habe, es liegt seinem Gläubiger nicht der Beweis ob, daß er dies innerhalb der Frist nicht getan hat.

2. **Herzfelder**, DJZ. **05** 62. Der § 1958 hindert nicht den Eintritt des Verzugs für den Erben bis zur Annahme, weil nicht die gerichtliche Geltendmachung überhaupt, sondern nur diejenige gegen den Erben durch § 1958 ausgeschlossen ist (vgl. §§ 1960 Abs. 3 und 2213 Abs. 2). Ebenso **Müller**, DJZ. **05** 687.

3. **RG. 60** 179 ff., JW. **05** 233, R. **05** 282. Die Vorschrift des § 1958 beruht auf der den Erben im BGB. gegebenen Rechtsstellung. Obwohl sich grundsätzlich der Erwerb der Erbschaft von Rechts wegen mit dem Eintritte des Erbfalls vollzieht (§§ 1922, 1942), ist er doch bis zur Annahme von seiten der Erben oder bis zum Ablaufe der für die Ausschlagung vorgeschriebenen Frist nur ein vorläufiger, der mit rückwirkender Kraft hinfällig wird, wenn der Erbe von seinem Ausschlagungsrechte Gebrauch macht (§§ 1946, 1953). Wenn es heißt: .... „kann ein Anspruch ... nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden", so ist damit nach der Ausdrucksweise des BGB. die Rechtsverfolgung während der Überlegungsfrist schlechthin als unstatthaft gekennzeichnet und dem Erben die Eigenschaft der richtigen Prozeßpartei abgesprochen. Von einem bloßen Widerspruchsrechte, dessen Geltendmachung von der Entschließung des Erben abhängt, ist keine Rede; er entbehrt der Passivlegitimation, und das diese leugnende Vorbringen ist keine Einrede, sondern die Verneinung, daß der erhobene Anspruch dem Kläger gegen den Beklagten zustehe (**RG. 11** 389). Daraus folgt, daß, wenn aus der Sachdarstellung des Klägers schon hervorgeht, daß der Erbe die Erbschaft noch nicht angenommen hat, dem auf Durchführung einer Nachlaßforderung gegen diesen abzielenden Begehren von Amts wegen die gerichtliche Hilfe zu versagen ist, wobei es gleichgültig erscheint, ob dieses Begehren in der Form der Klage oder des Arrestgesuchs auftritt. Das Gesetz hat aus der Ungewißheit der Rechtslage bis zur Annahme der Erbschaft für die den Nachlaß betreffenden Passivprozesse den Schluß gezogen, daß, weil sich mit Rückwirkung herausstellen kann, daß der Erbe nicht der rechte Beklagte gewesen sei, er von vornherein nicht als solcher zu gelten habe. Nur eine Einlassung des Erben, die im Sinne der Annahme der Erbschaft ausgelegt werden darf, beseitigt diesen Mangel. Der hier vertretene Standpunkt wird auch in der Literatur überwiegend gebilligt. (Vgl. **Eccius**, GruchotsBeitr. **43** 605 ff., **Frommhold**, Kommentar Bem. 1 zu § 1958, **Binder** I 156 ff., **Strohal** (3) § 62 Anm. 14, **Dernburg** § 150 Anm. 9; abw. **Planck-Ritgen**, Kommentar Bem. 1 und 2 zu § 1958). Vgl. JDR. **1**, **2** und **3** zu § 1958.

§ 1959. *Beyer, Surrogation 195 f. Die Surrogation des § 2019 kommt hier nicht zur Anwendung gegen **Strohal** II 56 f. und **Binder** III 56 f.

§ 1960. 1. ***Goldschmidt**. Der Nachlaßpfleger ist nicht, wie die herrschende Meinung annimmt, ein Personen-, sondern ein Vermögenspfleger. Vermögenspfleger gehören entweder zu den Verwaltern kraft Amtes (wie der Güterpfleger nach § 334 StPO.) oder zu den Verwaltern selbständiger Sondervermögen (vgl. hierzu **Hellwig**, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßr. 295). Selbständige Sondervermögen sind eine Gruppe von den Quasipersonen, d. h. von Gebilden, welche, ohne Personen zu sein, in mehr oder weniger Beziehungen wie solche behandelt werden. Die Quasipersonen sind ihrerseits wieder nur ein besonderer Anwendungsfall eines der großen Grundprinzipien des Rechtes. Dieses Grundprinzip besteht eben darin, daß eine Gruppe von Erscheinungen wie eine andere Gruppe behandelt wird, ohne dieser wesensgleich zu sein. Der Nachlaßpfleger des Bürgerlichen Gesetzbuchs gehört zu diesen Verwaltern selbständiger Sondervermögen.

2. KGJ. **29** A 206 (KG.). a) Bekannt im Sinne des § 1960 ist der Erbe, wenn bekannt ist, wer als Erbe berufen ist. Ob dies zutrifft, ist nach den Um-

ständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Ein Erbschein braucht hierbei nicht notwendig vorzuliegen; es genügt, daß sich aus den klaren tatsächlichen Verhältnissen die Person des berufenen Erben ergibt. — b) Wenn hiernach über die Person des Erben keine begründeten Zweifel bestehen, kann dieser im Sinne der §§ 1960, 1961 nicht etwa deshalb als unbekannt gelten, weil bei dem Mangel eines Erbscheins, bzw. einer letztwilligen Verfügung ohne Einleitung einer Nachlaßpflegschaft dem Gläubiger eine besondere Prozeßart (z. B. der Urkundenprozeß) verschlossen bleibt.

3. **RG. 60** 182, JW. **05** 233. Ein Arrest, für dessen Anordnung der Grund die Besorgnis ist, daß die vorläufigen Erben sich um den Nachlaß nicht kümmern würden, weil sie die Erbschaft auszuschlagen beabsichtigten, muß nach Bestellung eines Nachlaßpflegers aufgehoben werden. Es ist nun eine Person vorhanden, deren Pflicht es ist, nicht nur den Erben in Nachlaßprozessen aktiv und passiv zu vertreten, sondern auch für die Erhaltung des Nachlasses zu sorgen (vgl. Planck-Ritgen, Vorbem. Ziff. III 5c, s, ε zu §§ 1942 ff. BGB.).

4. RheinAKV. **22** 155 (BayObLG.). Es bedarf keines Pflegers für einen zur Erbfolge berufenen Abwesenden, wenn es ungewiß ist, ob er den Erbfall erlebt hat.

§ 1961. *Salinger, JW. **05** 517 ff. Bei Erbfällen, welche vor dem 1. 1. 00 eingetreten sind, kann eine Nachlaßpflegschaft auf Grund des § 1961 nicht eingeleitet werden, weil für die erbrechtlichen Verhältnisse, zu denen noch das Institut der Nachlaßpflegschaft gehört, die bisherigen Gesetze maßgebend geblieben sind. Zur Rechtsverfolgung gegen die unbekannten Erben eines vor dem 1. 1. 00 verstorbenen Erblassers kann aber auch auf Grund des § 90 Pr. VormO. v. 5. 7. 75 jetzt keine Pflegschaft mehr angeordnet werden. Denn bei der letztgedachten Pflegschaft handelt es sich nicht um eine erbrechtliche, sondern vormundschaftsrechtliche Maßnahme, und in Fragen des Vormundschaftsrechts kommt seit dem Inkrafttreten des BGB. grundsätzlich das neue Recht zur Anwendung (KGJ. **23** A 203, **24** A 23). Daß die auf Grund des § 90 PrVormO. eingeleitete Pflegschaft als vormundschaftsrechtliche Maßregel angesehen werden muß, ergibt sich aus der Zweckbestimmung des § 90. Er umfaßt außer dem Falle der Pflegschaft für unbekannte Erben noch eine ungezählte Reihe anderer Fälle, bei denen erbrechtliche Verhältnisse überhaupt nicht in Frage stehen. Der gemäß § 90 a. a. O. bestellte Pfleger ist dann in Wahrheit auch gar kein Nachlaßpfleger. Die Frage, ob die Rechtsverfolgung gegen unbekannte Erben den Nachlaßgläubigern auch bei älteren Erbschaften noch durch Pflegschaftseinleitung ermöglicht werden kann, ist nicht lediglich aus § 90 PrVormO. und § 1913 zu entscheiden. Man muß auch auf die Vorschriften der §§ 471 ff. I. 9 ALR. und § 89 PrVormO. zurückgreifen. Diese Vorschriften sind als erbrechtliche für die Übergangszeit in Kraft geblieben. Besonders auch der § 89 VormO.; denn er ist im wesentlichen nur eine Ausführung des § 471 I. 9 ALR., insofern als er bestimmt, daß der dort erwähnte Kurator ein Pfleger sein soll. Er muß daher kraft der Übergangsvorschrift des Art. 213 EGBGB. ebenso anwendbar sein, wie der § 471 I. 9 ALR. Seine Anwendbarkeit ist aber auch dann unbedenklich, wenn er an Stelle des § 471 I. 9 ALR. getreten ist, denn die in ihm geregelte Pflegschaft ist eine positive Erweiterung des Vormundschaftsrechts mit ausschließlich erbrechtlichem Charakter. Die Pflegschaft auf Grund des § 471 I. 9 ALR. und § 89 VormO. kann auch angeordnet werden, ohne daß ein Fürsorgebedürfnis für die unbekannten Erben vorliegt; auch das Interesse eines Nachlaßgläubigers ist ausreichend. Sie ist zwar eine allgemeine Pflegschaft, kann aber das Mittel bilden, die Erledigung einer einzelnen Angelegenheit (die Rechtsverfolgung gegen die unbekannten Erben) zu ermöglichen. Da sie der Erhaltung

des Nachlasses dient, so bedingt ihre Anordnung das Vorhandensein einer Aktivmasse. Der Gläubiger, der sie beantragt, muß aber auch ein Interesse an der Erhaltung des Nachlasses darlegen können, was ihm z. B. dann, wenn er auf Löschungsbewilligung klagen will, nicht gut möglich sein wird. Der Anordnung der Pflegschaft steht es aber nicht entgegen, wenn zum Nachlasse nur ein Gegenstand gehört und gerade dieser im Prozesse gegen die unbekannten Erben in Anspruch genommen werden soll.

§ 1962. KGJ. **30** A 88, RJA. **6** 33, ZBlFG. 6 285, R. **05** 541 (KG.). Gegenüber der Beschwerde eines Erben gegen die Entscheidung des Nachlaßgerichts, durch die dem Nachlaßpfleger eine Vergütung bewilligt ist, kann der Nachlaßpfleger nicht geltend machen, daß der Erbe durch Abgabe der Entlastungserklärung die Honorarfestsetzung genehmigt habe. Über einen solchen Einwand hat das Prozeßgericht zu entscheiden.

Zu §§ 1964, 1965. 1. *Matthießen, ZBlFG. **6** 392 ff. Die Feststellung des Erbrechts des Fiskus ist nur dann zu treffen, wenn nach dem Ergebnisse der Ermittelungen andere erbberechtigte Personen als der Fiskus nicht vorhanden sind, wenn also das wirkliche Bestehen des Erbrechts des Fiskus möglich ist. Das Feststellungsverfahren ist von vornherein nicht einzuleiten, wenn aus den bisherigen Ermittelungen erhellt, daß besser berechtigte Personen als der Fiskus vorhanden sind, mag auch die Möglichkeit bestehen, daß vor jenen wiederum noch andere Personen näher berufen sind. Zum Nachweise des Bestehens eines Erbrechts im Sinne des § 1965 genügt es, wenn ein dem Fiskus jedenfalls vorgehendes Erbrecht nachgewiesen wird, die Eigenschaft als nächstberufener Erbe braucht nicht dargetan zu werden. Durch die §§ 1964, 1965 hat der Richter nicht genötigt werden sollen, eine Vermutung für das Bestehen des fiskalischen Erbrechts auch in den Fällen auszusprechen, wo das tatsächliche Nichtbestehen dieses Rechtes (wegen des Vorhandenseins von Verwandten, wenngleich entfernten Grades) aus den Ermittelungen erhellt.

2. RJA. **6** 106, ZBlFG. **6** 447 (KG.). Die öffentliche Aufforderung (§ 1965 Abs. 1) hat den amtlichen Ermittelungen (§ 1964 Abs. 1) nachzufolgen. Sind die Ermittelungen nicht so vorgenommen worden, wie die Sachlage es erfordert (§ 12 FGG.), so kann dieser Mangel durch die öffentliche Aufforderung nicht ersetzt werden. Die Ermittelungspflicht ist auf alle Fälle vor dem Erlasse des Feststellungsbeschlusses vollständig zu erfüllen, sie erstreckt sich auch auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers.

§ 1964. 1. OLG. **9** 384 (KG.). Die Feststellung des Erbrechts des Fiskus vollzieht sich unabhängig davon, ob gemäß § 1961 eine Pflegschaft eingeleitet ist oder nicht.

2. RJA. **6** 106, ZBlFG. **6** 447 (KG.). Das Nachlaßgericht darf sich nicht mit dem Ausspruche begnügen, daß ein anderer Erbe als der „Fiskus" nicht vorhanden sei, sondern es hat denjenigen Fiskus, welcher gesetzlicher Erbe sein soll, zu ermitteln und zu bezeichnen.

§ 1965. RJA. **6** 106, ZBlFG. **6** 444 (KG.). Die Vorschrift Abs. 2 Satz 1 bezieht sich auf jedes vor dem Ende des dreimonatlichen Zeitraums angemeldete Erbrecht, einerlei, ob die Anmeldung vor oder nach dem Ablaufe der Anmeldungsfrist erfolgt (vgl. Planck zu § 1965 Anm. 4 und JDR. **3** Ziff. 3 zu § 1965).

Zweiter Titel. Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten.

Vorbemerkung: Besonders beachtenswert ist Dernburgs Auslegung der §§ 1973 und 1990. Die ursprünglich nur von Eccius vertretene Ansicht, wonach die aufschiebenden Einreden der §§ 2014 und 2015 den Verzug des Erben nicht hindern, wird jetzt mehrfach gebilligt. Die zu diesem Titel ergangenen Entscheidungen der oberen Gerichte sind über-

wiegend von großer Bedeutung für die Praxis. Außer den bei den §§ 1973, 1975 und 1985 mitgeteilten Entscheidungen des RG. mögen hier ZBlFG **6** 414 (Dresden) und OLG **11** 228 (Hamburg) hervorgehoben werden.

I. Nachlaßverbindlichkeiten.

§ 1967. 1. Meyer, SeuffBl. **05** 79 verneint gegen Binder die Frage: Ist es zu tadeln, daß ein ausdrücklicher Ausspruch im BGB. darüber, ob grundsätzlich der Erbe unbeschränkt oder beschränkt für die Nachlaßverbindlichkeiten hafte, fehlt?

2. Vgl. u. § 2046 Ziff. 2.

§ 1969. 1. Nach Meyer, DJZ. **05** 166, bewirkt § 1969, daß die Unterhaltspflicht der Mutter gegenüber den Abkömmlingen nicht sofort mit dem Tode des Vaters, sondern erst mit dem Ablauf des „Dreißigsten" beginnt. Dagegen Teutsch, DJZ. **05** 310.

2. Dernburg 424. Bezüglich des Anspruchs auf Benutzung der Wohnung und der Haushaltsgegenstände sind die hausangehörigen Familiengenossen nicht bloß auf ihre persönliche Klage beschränkt. Sie sind dem Erben gegenüber bis zum Ablauf des Dreißigsten wie ein Mieter dem Vermieter gegenüber während der Mietzeit zum Besitz berechtigt und genießen Besitzschutz. (AA. Planck zu § 1969.)

II. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

§ 1973. 1. Dernburg 466. a) Es ist nicht notwendig, daß der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger gegen den Erben schlechthin auf dessen Verurteilung klagt und daß ihn der Erbe durch Einrede nötigt, Verurteilung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest zu fordern. Der Gläubiger kann vielmehr auch von vornherein seine Klage auf Verurteilung des Erben zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest richten. Er muß hierbei die Nachlaßgegenstände, in die er Zwangsvollstreckung begehrt, speziell bezeichnen (§ 253 Ziff. 2 ZPO.). Die Einrede, welche der § 1973 dem Erben gewährt, ist eine materielle. Sie macht geltend, daß der Erbe infolge des Aufgebotsverfahrens nicht persönlich als Schuldner haftet, vielmehr nur sachlich mit dem Nachlaßrest. Es ist für den Erben zweckmäßig, daß er diese Einrede bereits im Prozesse selbst und nicht erst nach persönlicher Verurteilung mit dem Vorbehalte des § 780 ZPO. bei der Vollstreckung geltend macht. — b) Der Erbe ist befugt, einen ausgeschlossenen Gläubiger unter Vermeidung eines Prozesses aus dem Nachlasse zu befriedigen. Der Nachlaßgläubiger braucht jedoch das Angebot von anderen Nachlaßwerten als Geld nicht anzunehmen.

2. **a)** **RG.** JW. **05** 532, DJZ. **05** 1011. Der Anspruch des ausgeschlossenen Gläubigers selbst wird durch das Ausschlußurteil nicht berührt und verliert seinen Charakter als Anspruch auf Befriedigung nicht (Strohal, Erbrecht (3) II 243); der Gläubiger klagt, wie wenn er nicht ausgeschlossen wäre, gegen den Erben auf dessen Verurteilung; Sache des Erben ist es, durch seine Einreden ihn zu nötigen, daß er sich mit der Vollstreckung in den Nachlaßrest, der nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger verbleibt, zufrieden gebe (Dernburg 466); den Erben trifft die Beweislast, daß der Nachlaß durch die Befriedigung dieser Gläubiger erschöpft wird, und nur dieser Nachweis kann die Abweisung der Klage des ausgeschlossenen Gläubigers zur Folge haben. — Die Frage, ob der Erbe im Prozesse sich darauf beschränken kann, die Aufnahme des Vorbehalts des § 780 ZPO. in das Urteil zu erwirken, und diese ihm ermöglicht, in der Zwangsvollstreckungsinstanz dem Gläubiger das Ausschlußurteil entgegenzuhalten (Seuffert, ZPO. (8) Anm. 2c, Gaupp-Stein, ZPO. (4) Nr. I zu § 780, Strohal (2) 447) oder ob hierzu ein Vorbehalt im Urteil

erforderlich ist, der den Gläubiger bereits auf den nach Befriedigung der im Ausschlußurteil berücksichtigten Gläubiger noch vorhandenen Überschuß verweist (Strohal (3) II 245, Dernburg 467, SeuffA. **57** 85), läßt RG. unerörtert. — b) Vgl. u. § 1985 Ziff. 2.

3. Abs. 2. *Rosenmeyer, BuschsZ. **32** 264, versteht unter „Herausgabe" die rechtsverbindliche Erklärung des Erben an den Gläubiger, er werde ihm und allen etwaigen weiteren Gläubigern den im einzelnen zu verzeichnenden Nachlaß zur Verfügung stellen.

III. Beschränkung der Haftung des Erben.

§ 1975. 1. *Goldschmidt. Der Nachlaßverwalter ist ein Verwalter eines selbständigen Sondervermögens (vgl. o. § 1960 Ziff. 1).

2. RG. **59** 301, JW. **05** 83, SeuffA. **60** 475, DNotV. **05** 239, NaumburgAK. **05** 2. Der Regel nach steht dem Erben das Recht, die Beschränkung seiner Haftung geltend zu machen, nur dann zu, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist. Doch muß derjenige, der als Erbe des Schuldners verklagt wird, den Vorbehalt der beschränkten Haftung vor Erlaß des Urteils beantragen; denn wenn der Vorbehalt des Urteils nicht aufgenommen wird, geht der Einwand der beschränkten Haftung verloren.

3. Über die rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters vgl. u. zu § 1985 I.

§ 1976. *Thal a. a. O. 128 ff. Die erloschenen Rechtsverhältnisse werden mit dinglicher Wirkung wiederhergestellt. Die Folge ist eine Wiederverhaftung der zunächst frei gewordenen Bürgen und Pfänder.

Zu §§ 1978—1980. ZBlFG. **6** 414 (Dresden). Die Versilberung der Nachlaßgegenstände und die Bezahlung der Nachlaßschulden stellen sich als Akte der Nachlaßverwaltung dar, zu welchen die Erben zwar vorbehaltlich ihrer Verantwortlichkeit gegenüber den Nachlaßgläubigern gemäß §§ 1978—1980, aber unbeschadet der beschränkten Haftung befugt sind. In diesen Gesetzesstellen sind die Rechtsfolgen der bezeichneten Verwaltungsmaßregeln dergestalt geregelt, daß nach Befinden die Erben den Nachlaßgläubigern ersatzpflichtig sind, und diese Ersatzansprüche als zu dem Nachlasse gehörig zu gelten haben, vgl. § 1978 Abs. 2 (Planck Bem. 4 zu § 1978, Bem. 3 zu § 1980, Strohal II 264, Dernburg V 482). Dagegen ist die unbeschränkte Haftung weder an sich gesetzliche Folge eines Verstoßes gegen die Vorschriften in §§ 1978 ff., noch kann in der Vornahme der erwähnten Handlungen eine freiwillige Übernahme der unbeschränkten Haftung unter dem Gesichtspunkte des Verzichts auf die Abwendungsmittel derselben oder sonst erblickt werden.

§ 1978. 1. *Beyer, Surrogation 242 f. Die mit Nachlaßmitteln erworbenen Gegenstände sind bei der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs an den Verwalter mit dem Nachlaß herauszugeben und, soweit sie nicht zur Befriedigung von Nachlaßverbindlichkeiten verwendet werden müssen, von dem Verwalter nach Beendigung des Verfahrens dem Erben wieder auszufolgen, m. a. W.: es tritt auch hier Surrogation ein (gegen Strohal II 259 Anm. 2b und Staudinger V 170).

2. *Baring, SächsA. **15** 30 ff. Wegnahme einer Einrichtung (vgl. o. § 670 Ziff. 1).

3. OLG. **10** 196 (Hamburg). § 23 KO. ist bei der Nachlaßverwaltung entsprechend anzuwenden; an Stelle des Gemeinschuldners steht der Erbe.

4. Abs. 2. ZBlFG. **6** 416 (Dresden). Da der den Nachlaßgläubigern zustehende Ersatzanspruch als zum Nachlasse gehörig (nicht in der Person eines bestimmten Nachlaßgläubigers entstanden) zu gelten hat, kann sich ein Nachlaßgläubiger die Legitimation zu seiner Geltendmachuug nur dadurch verschaffen, daß er ihn auf

Grund eines Vollstreckungstitels gegen die Erben pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt. Er kann ihn alsdann gegen die Erben einklagen und, wenn er mit dem Anspruch durchdringt, insoweit die Vollstreckung in das Eigenvermögen der Erben vornehmen (Strohal II 304).

§ 1981. Abs. 2. BadRpr. **05** 188 (Karlsruhe). Können die Erben sich nicht über Verwaltung und Verteilung des Nachlasses einigen und werden deshalb die seit längerer Zeit verfallenen Zinsen einer Nachlaßschuld nicht bezahlt, obwohl Mittel dazu verhanden wären, so liegt hierin ein zureichender Grund zur Einleitung einer Nachlaßverwaltung wegen unordentlicher und unwirtschaftlicher Verwaltung des Nachlasses durch die Erben.

§ 1982. OLG. **11** 227 (KG.). Zur Anwendung des § 1982 genügt schon, daß die Masse den etwaigen Kosten nicht entspricht, daß also die Kosten einen unverhältnismäßig großen Teil der Masse in Anspruch nehmen und das Befriedigungsobjekt zum Nachteile der Gesamtheit der Gläubiger übermäßig verringern würden.

Zu §§ 1984, 1985. OLG. **10** 197 (Hamburg). Die §§ 1984, 1985 sind zwingendes Recht. — Mit Anordnung der Nachlaßverwaltung erlischt ein vom Erben einem Dritten erteilter Auftrag zur Verwaltung des Nachlasses.

§ 1984. Abs. 1. *Unger, BuschsZ. **34** 338 f. Wirksam im Sinne des § 16 Abs. 1 FGG. wird die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht schon mit ihrer Erlassung, sondern nach Maßgabe der Vorschriften des § 16.

§ 1985. I. Rechtliche Stellung des Nachlaßverwalters. — 1. Bay. RpflZ. **05** 454 (Nürnberg). Der Nachlaßverwalter ist nicht Vertreter des Erben, er hat vielmehr eine ähnliche rechtliche Stellung, wie der Konkursverwalter. In einem Rechtsstreit über den Nachlaß ist nicht der Erbe, sondern nur der Nachlaßverwalter Partei.

2. **RG.** JW. **05** 533, DJZ. **05** 1011, R. **05** 619. Der Nachlaßverwalter hat als amtlich bestellte Person in einer rechtlichen Stellung, die der des Konkursverwalters ähnlich ist (Strohal (3) II 280), unter Aufsicht des Nachlaßgerichts (§§ 1837 ff., 1962) den Nachlaß flüssig zu machen und dessen planmäßige Verteilung zur Befriedigung der Gläubiger zu bewirken (vgl. Prot. z. 2. Les. (5) 761, Planck, BGB. (2) Ziff. 3 zu § 1975); diese ihm obliegende Aufgabe schließt es aus, daß er zu jeder Zeit, auch wenn die vielleicht verwickelten Verhältnisse des Nachlasses noch nicht klargestellt sind und ein Plan für seine Verteilung und die Befriedigung der Nachlaßgläubiger noch nicht aufgestellt werden konnte, gezwungen werden könnte, dem klagenden ausgeschlossenen Gläubiger im Prozesse mit dem Beweise zu begegnen, daß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger der Nachlaß erschöpft werde (§ 1973), da dieser Beweis die Übersicht über die Verhältnisse des Nachlasses voraussetzt. Der Gläubiger muß vielmehr auf die ordnungsmäßige Verteilung des Nachlasses nach dem von dem Nachlaßverwalter aufzustellenden Verteilungsplane warten, und seine Befriedigung nach Maßgabe des § 1973 darf von dem Nachlaßverwalter solange verweigert werden.

3. RJA. **6** 119, KGJ. **30** A 299, ZBlFG. **6** 453, DJZ. **06** 89, R. **05** 530 (BayObLG.). Der Nachlaßverwalter hat gemäß der Verfügungsmacht dieselbe rechtliche Stellung wie ein nach § 1960 bestellter Nachlaßpfleger. Er bedarf daher zu Rechtsgeschäften der in den §§ 1821, 1822 bezeichneten Art der Genehmigung des Nachlaßgerichts. Er hat, sobald er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen. Trifft er in Kenntnis der Überschuldung des Nachlasses eine Verfügung, die der Genehmigung des Nachlaßgerichts bedarf, so kann dieses die Genehmigung deswegen versagen, weil er, statt die Verfügung zu treffen, die Konkurseröffnung

beantragen sollte. — Die Pflicht, im Interesse der Nachlaßgläubiger den Nachlaßkonkurs zu beantragen, kann dem Nachlaßverwalter (wie dem Erben) von den Nachlaßgläubigern erlassen werden. Der Nachlaßverwalter kann mit den Gläubigern ein Übereinkommen dahin treffen, daß sie ohne Konkurseröffnung verhältnismäßige Befriedigung aus dem Nachlaß erhalten. Treten alle in Betracht kommenden Gläubiger dem Übereinkommen bei, so hat es dabei sein Bewenden. Hat ein Aufgebot nach §§ 1970 ff. nicht stattgefunden, so nötigt die bloße Möglichkeit, daß sich nachträglich das Vorhandensein weiterer Gläubiger herausstellt, nicht dazu, auf dem Antrag auf Konkurseröffnung zu bestehen. Die Unterlassung des Aufgebots kann dem Nachlaßverwalter ebenso wie dem Erben nur dann zum Vorwurfe gemacht werden, wenn er Grund hat, das Vorhandensein weiterer Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen. Darum kann das Nachlaßgericht den Antrag des Nachlaßverwalters auf Genehmigung eines im Interesse der Gläubiger geschlossenen Vertrags nicht schon deswegen zurückweisen, weil die Möglichkeit besteht, daß noch weitere Gläubiger vorhanden sind, sondern es muß prüfen, ob nach der Sachlage vom Antrag auf Konkurseröffnung abgesehen werden kann.

II. Haftung des Nachlaßverwalters. DJZ. **05** 652 (KG.) Der Nachlaßverwalter, welcher bei Stellung des Aufgebotsantrags die Aufnahme eines ihm bekannten Nachlaßgläubigers in das beizufügende Verzeichnis versäumt, verletzt die ihm materiell nach § 1985 gegenüber dem Gläubiger obliegenden Verpflichtungen durch Fahrlässigkeit. Die prozessual bestehende Verpflichtung, die bekannten Nachlaßgläubiger in das Verzeichnis aufzunehmen (§ 992 ZPO.), folgt für den Nachlaßverwalter auch aus dem materiellen Rechte; sie ergibt sich daraus, daß die Nachlaßverwaltung nach § 1975 den Zweck der Befriedigung der Gläubiger hat und daß daher vom Nachlaßverwalter die Vorsichtsmaßregeln zu beobachten sind, die gegeben sind, um eine Gefährdung oder Vereitelung der Befriedigung bekannter Nachlaßgläubiger zu verhindern. Es ist anzunehmen, daß, wenn auch nach § 1978 Abs. 2 in Verb. mit § 1985 Abs. 2 Satz 2 die den Nachlaßgläubigern zustehenden Ansprüche gegen den Nachlaßverwalter als zum Nachlasse gehörend gelten, durch diese Vorschrift ein Klagerecht des einzelnen Gläubigers, sofern allein ihm gegenüber die aus der Nachlaßverwaltung hervorgehenden Pflichten vom Nachlaßverwalter verletzt werden, doch nicht ausgeschlossen wird. Das Rechtsverhältnis, das hiernach als zwischen dem Gläubiger und dem Nachlaßverwalter bestehend anzunehmen ist, erscheint als ein vertragsähnliches oder stillschweigend abgeschlossenes Vertragsverhältnis. Der Nachlaßverwalter hat dafür die von ihm zum Nachteile des Gläubigers begangene Fahrlässigkeit zu vertreten (§ 276 BGB.).

§ 1986. Dernburg 475. Auch eine Nachlaßverwaltung, welche nach Befriedigung der bekannten Gläubiger beendet ist, schützt den Erben gegen spätere persönliche Inanspruchnahme. Dies ergibt schon der Wortlaut des § 1975, welcher die Beschränkung der Erbenhaftung daran knüpft, daß die Nachlaßverwaltung oder der Nachlaßkonkurs angeordnet ist, keineswegs aber sagt, daß sich die Haftung des Erben nur zeitweise beschränkt (aA. Hachenburg 673, Strohal (2) 479 Anm. 33, Meyer, Streifzüge 32; vgl. ferner JDR. **1** § 1986). Damit ist keineswegs jede weitere Klage gegen den Erben verneint. Die Nachlaßgläubiger sind vielmehr befugt, die Verurteilung des Erben bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in die Nachlaßbestandteile zu beanspruchen, welche er noch hinter sich hat oder was er noch zum Nachlasse zu erstatten hat. Sie müssen aber behaupten und beweisen, daß der Erbe solche Nachlaßbestände hinter sich hat.

§ 1987. HessRspr. **6** 59 (Darmstadt). Die dem Nachlaßverwalter nach § 1987 zu gewährende Vergütung ist auch dann nach freiem richterlichen Er-

messen festzusetzen, wenn dieser Rechtsanwalt ist, falls er nicht etwa gerade in dieser seiner Eigenschaft bestellt worden ist.

§ 1990. 1. Dernburg 480. Der § 1990 hat den einfachen Sinn, daß die Nachlaßgläubiger den Erben des ärmlichen Nachlasses nicht persönlich in Anspruch nehmen können, sondern nur bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß. Die Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlaß ist nicht davon abhängig, daß er die Befriedigung des Nachlaßgläubigers „verweigert". Der Nachlaßgläubiger kann auch, ohne eine Einrede des Erben abzuwarten, unmittelbar auf Verurteilung des Beklagten zur Befriedigung des Klägers aus den vorhandenen Nachlaßgegenständen klagen. Verlangt er Befriedigung aus dem Nachlasse, so hat er die Nachlaßgegenstände speziell zu bezeichnen, aus denen er Befriedigung erstrebt (vgl. JDR. **1** §§ 1990, 1991).

2. ZBlFG. **6** 414 (Dresden). a) Für die Anwendung des § 1990 ist es unerheblich, ob der Nachlaß schon beim Erbfalle für die Kosten nicht ausreichte oder sich erst später als hierzu unzulänglich herausstellte, weil inzwischen verfügbare Massebestände zur Bezahlung von Nachlaßschulden verwendet worden waren (Strohal II 299, Dernburg 479). Unerheblich ist ferner, ob die ablehnende Entscheidung des Konkursgerichts sachlich begründet war oder nicht (Planck Bem. a zu § 1990, Strohal II 299). — b) Die Beweislast dafür, daß die Konkurseröffnung im Mangel einer für die Kosten ausreichenden Masse nicht tunlich gewesen sei, hat der Erbe, der sich auf einen ablehnenden Beschluß des zuständigen Konkursgerichts berufen kann, nicht. Einen solchen Beweis braucht er bloß dann zu führen, wenn er den Versuch, die Konkurseröffnung zu erwirken, gar nicht erst unternommen hat (vgl. auch Bingner, SächsA. 5 603).

3. OLG. **11** 228, HansGZ. **05** Beibl. 281 (Hamburg). a) Wenn der Konkursrichter die Eröffnung des Konkurses abgelehnt hat, weil eine den Kosten entsprechende Masse nicht vorhanden sei, so darf dem Erben ein besonderer Nachweis der Ärmlichkeit des Nachlasses nicht mehr zugemutet werden. Er würde sonst schlechter gestellt sein, als wenn der Konkurs eröffnet, und damit die von ihm beabsichtigte beschränkte Haftung herbeigeführt wäre. (GlA. Planck zu § 1990, Dernburg 479 II, Strohal II 299). — b) Der Erbe ist beim Vorhandensein mehrerer Gläubiger grundsätzlich nicht verpflichtet, bei der Herausgabe des Nachlasses eine gewisse Reihenfolge zu beobachten. Er darf den Nachlaß dem Gläubiger aushändigen, der sich zuerst meldet, und braucht dabei auf andere Gläubiger keine Rücksicht zu nehmen. — c) Der nicht ganz klar gefaßte Satz 2 des Abs. 1 hat nicht etwa den Sinn, daß der Erbe den Nachlaß nur demjenigen Gläubiger herauszugeben hat, der schon einen vollstreckbaren Titel gegen ihn erwirkt hat; vielmehr kann der Erbe, wenn ihn ein Gläubiger zur Bezahlung einer Nachlaßschuld auffordert, den Nachlaß auch freiwillig herausgeben (Hachenburg, BGB. 390, Strohal, Erbrecht II 303). — d) Wie die Bestimmung des Abs. 1 Satz 2 zu verstehen ist, ist zweifelhaft, und es sind mannigfache Ansichten darüber aufgestellt worden. Das Gericht schließt sich der Meinung von Dernburg 480 an, wonach damit weiter nichts hat ausgedrückt werden sollen, als daß die Verurteilung des Erben nur mit Beschränkung der Vollstreckung auf den Nachlaß soll erfolgen können, eine Ansicht, die allein zu praktisch brauchbarem Ergebnisse führt.

§ 1991. ZBlFG. **6** 415 (Dresden). a) Die Vorschrift des § 1980 ist im Falle des § 1990 entsprechend anzuwenden (so auch Dernburg 482 Note 12, Strohal II 300, 301 Note 5 und Binder II 207 Nr. 12). — b) Da es im Falle des § 1990 an einem Organe fehlt, das im Interesse der Nachlaßgläubiger Ersatzansprüche gegen die Erben, die auf Grund der §§ 1978 bis 1980 entstanden sind, geltend zu machen hat, haben die Erben diese (einen

Bestandteil des Nachlasses bildenden) Ansprüche dem Nachlaßgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben, m. a. W.: sie haben die Zwangsvollstreckung in diese Ersatzansprüche zu dulden. Die Zwangsvollstreckung in sie hat nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen, §§ 828 ff. ZPO., zu erfolgen.

IV. Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben.

§ 2002. PosMSchr. **05** 50 (Posen). Die schriftliche Erklärung der Witwe, ihr Mann habe nur wertlose Kleidungsstücke hinterlassen, ist kein Nachlaßinventar.

§ 2003. OLG. **10** 296, KGBl. **05** 51 (KG.). Der Antrag eines Miterben auf gerichtliche Aufnahme des Inventars wahrt die Inventarfrist und kommt auch den übrigen Erben zustatten.

§ 2005. ZBlFG. **6** 410 (Dresden). a) Nicht eine falsche Wertangabe, sondern nur eine erhebliche Unvollständigkeit in der Bezeichnung der Nachlaßgegenstände hat die unbeschränkte Haftung zur Folge (Planck Bem. 2a zu § 2005). — b) Wenn auch im Inventar die Nachlaßverbindlichkeiten vollständig angegeben werden sollen, so knüpft das Gesetz doch die Folge der unbeschränkten Haftung nicht an eine Unvollständigkeit des Verzeichnisses in bezug auf die Nachlaßpassiven (Planck Bem. 2b zu § 2005, Strohal II 195, Dernburg 491).

§ 2006. Reinhard, BayRpflZ. **05** 95 ff. a) Sowohl die Inventarpflicht als die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseids sind keine Verpflichtungen, die der Erbe dem Nachlaßgläubiger gegenüber schlechthin zu erfüllen hat; sie bilden nur das Korrelat seiner Befugnis, sich auf die Unzulänglichkeit des Nachlasses zu berufen. — b) Weder ein Nachlaßgläubiger noch ein Pflichtteilsberechtigter, der nicht Erbe ist, kann vom Erben die Leistung des Offenbarungseids gemäß § 2006 im Prozeßwege erzwingen (so auch Dernburg 491 gegen Planck Bem. 4c zu § 2006, übereinstimmend ferner OLG. **10** 296, ZBlFG. **5** 837, DNotV. **05** 595 (Dresden); vgl. auch JDR. **1** § 2006 Abs. 3.

§ 2008. *Krug, JheringsJ. **49** 121 ff. Bei einer der Ehefrau angefallenen Erbschaft liegt die Inventarpflicht ihr allein ob und kann daher nur durch sie verletzt werden; der Mann kann jedoch durch vorherige Erfüllung an ihrer Statt die Verletzung und ihre nachteiligen Folgen abwenden. Dieser Gedanke wird bezüglich der einzelnen Inventarpflichtverletzungen — unterlassene und unredliche Inventur, Verweigerung der Auskunft und des Offenbarungseids — des näheren ausgeführt.

V. Aufschiebende Einreden.

Zu §§ 2014 ff. 1. *Herzfelder in v. Staudingers Komm. (2) V 241 ff., DJZ. **05** 162, Müller, DJZ. **05** 685 ff., Fuchs, R. **05** 339 ff., 425 sind in Übereinstimmung mit Eccius, GruchotsBeitr. **44** 899, der Ansicht, daß die aufschiebenden Einreden aus §§ 2014, 2015 den Verzug des Erben nicht hindern. Es führen hierzu aus: **a)** *Herzfelder a. a. O. Der gegenteiligen, bisher herrschenden Meinung stehen nicht nur die hieraus sich ergebenden unhaltbaren Konsequenzen und die Bedürfnisse des praktischen Lebens, sondern auch eine Reihe von Gründen aus der Entstehungsgeschichte obiger Gesetzesbestimmungen und dem Zusammenhange derselben mit den §§ 782 ff. ZPO. entgegen. Letztere Vorschriften sind für den rechtlichen Charakter und die Bedeutung der aufschiebenden Einreden entscheidend. — **b)** Müller a. a. O. Diese Einreden sind jedoch nicht, wie Eccius und Herzfelder a. a. O. ausführen, nur prozessuale, sondern materiell-rechtliche; sie äußern als solche materiell-rechtliche Wirkungen. — **c)** *Fuchs a. a. O. Daß die aufschiebenden Einreden den Verzug des Schuldners nicht hindern, ergibt sich aus §§ 782, 305 ZPO., nach denen der Erbe auf Grund

der ihm nach §§ 2014, 2015 zustehenden Einreden nur verlangen kann, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der dort bestimmten Fristen auf solche Maßregeln beschränkt werde, die zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind, und daß durch die Geltendmachung der dem Erben nach §§ 2014, 2015 zustehenden Einreden einer unter dem Vorbehalte der beschränkten Haftung ergehende Verurteilung des Erben nicht ausgeschlossen wird (339 f.). Die Einreden sind nicht materiell-rechtlicher Natur und haben nicht materiell-rechtliche Wirkungen, wie Müller, DJZ. **05** 685 ff., annimmt. Sie greifen in das zwischen dem Erben und dem Gläubiger geschaffene Schuldverhältnis nicht ein. Das ergibt sich daraus, daß §§ 305, 782 ZPO. die Klage auf Leistung entsprechend dem Inhalte des Schuldverhältnisses ausdrücklich zulassen. Das Schuldverhältnis bleibt allen Einwirkungen auf seinen Bestand in gleichem Maße unterworfen, als es der Fall sein würde, wenn dem Erben die Rechte aus §§ 2014, 2015 nicht zuständen. Das Recht des Gläubigers auf Leistung wird an sich nicht berührt. Es muß ihm deshalb auch freistehen, von dem § 283 BGB. Gebrauch zu machen; denn Voraussetzung des dort dem Gläubiger beigelegten Rechtes ist lediglich die rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zur Leistung (425). (Vgl. über die hier erörterte Frage auch JDR. **1** §§ 2014 ff. Ziff. 1.)

2. Eccius, GruchotsBeitr. **49** 156 ff. gegen Strohal. Das Recht, die „Berichtigung" einer als klagbare Schuld jetzt anzuerkennenden Leistung zu verweigern, ist etwas wesentlich anderes, als das Recht, die Leistung zu weigern und damit Abweisung des zu Unrecht gegenwärtig erhobenen Anspruchs zu erwirken (vgl. JDR. **1** §§ 2014 ff. Ziff. 1).

3. BreslauAK. **05** 104, DNotV. **05** 595, R. **05** 253 (Breslau). Der § 2014 gibt dem Erben eine materielle Einrede, nicht nur die Rechte aus § 782 ZPO. Klagen kann der Gläubiger trotz der Einrede; aber wenn der Erbe den Anspruch mit dem Vorbehalte beschränkter Haftung anerkennt, hat der Gläubiger nach § 93 ZPO. die Kosten zu tragen.

Dritter Titel. Erbschaftsanspruch.

§ 2018. 1. Dernburg 428. Die Erbschaftsklage geht auch gegen den Nachlaßverwalter oder den verwaltenden Testamentsvollstrecker eines angeblichen Erben. Dem Erben steht ferner eine Universalklage gegen den für ihn verwaltenden Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter nach Beendigung des Amtes zu; er ist nicht, wie z. B. Endemann III § 1201 c annimmt, auf Einzelklagen beschränkt.

2. *Beyer, Surrogation bei Vermögen im BGB. a) 83 ff. Für die Anwendung des § 2018 ist die Entstehung des Erbschaftsbesitzes das maßgebende Kriterium, nicht dessen Beseitigung (gegen Binder, Rechtsstellung III 382—390 und Leonhard, Erbschaftsbesitz 24 unter eingehender Begründung und mit Beispielen). — b) 95 ff. Wer vom Erbschaftsbesitzer gutgläubig bewegliche Nachlaßsachen erwirbt, wird regelmäßig nicht deren Eigentümer; a. a. O. sind auch die Ausnahmen eingehend erörtert. (AA. Scherer 134 f., Binder III 427 und Biermann (3) 144.)

§ 2019. *Beyer a. a. O. a) 123 ff. „Mittel der Erbschaft" sind nur diejenigen Gegenstände, die kraft dinglichen (gegenständlichen) Rechtes zum Nachlasse gehören. (In Übereinstimmung mit Windmüller 82 f. und Leonhard a. a. O. 66 gegen Planck IV 127, Staudinger V 254, Schmidt-Habicht § 1381 Anm. 2aβ u. a..) — b) 128 ff. Die zivilen Früchte von Nachlaßgegenständen sind als mit Mitteln der Erbschaft erlangt zu betrachten und fallen daher unter § 2019 (gegen Strohal II 396 Note 16 und Binder III 416). — c) 150 f. Die Surrogation beim Erbschaftsanspruche tritt unabhängig davon

ein, ob die zum Erwerbe verwandten Nachlaßmittel vom Erbschaftsbesitzer dem Erben erstattet werden. — d) 155 ff. Die Surrogation bedeutet weder eine notwendige Stellvertretung noch einen gesetzlichen Eigentums- bzw. Forderungsübergang, sondern sie entnimmt ihre Funktionen unmittelbar dem Gesetze. A. a. O. sind auch die sich aus dieser Ansicht ergebenden Folgerungen erörtert. — e) 187 f. Die Surrogation beim Erbschaftsanspruche hat keine absolute Wirkung. Tritt trotzdem im einzelnen Falle eine absolute Wirkung ein, so ist dies nicht Folge der Surrogation, sondern lediglich Folge des vom Erben kundgegebenen Willens.

§ 2022. BayRpflZ. **05** 285 (Bamberg). Der Erbschaftsbesitzer kann auch wegen anderer als hier bezeichneter Forderungen gegen den Nachlaß ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

§ 2027. 1. OLG. **9** 386 (KG.). Der § 2027 Abs. 2 ist nur anwendbar, wenn in dem Augenblick, wo jemand eine Nachlaßsache (Schlüssel der Sterbewohnung) in Besitz nimmt, der Erblasser bereits verstorben und dem Besitzer dies bekannt ist.

2. SchlHolstAnz. **05** 164 (Kiel). Wer bestreitet, daß überhaupt ein Nachlaß vorhanden gewesen sei, bestreitet damit auch den Erbschaftsbesitz.

§ 2028. OLG. **11** 230 (KG.). Die Hausgenossen des Erblassers sind zu einer Auskunft „über den Verbleib" der Erbschaftsgegenstände nicht nur dann verpflichtet, wenn solche über bestimmt bezeichnete und tatsächlich abhanden gekommene Nachlaßgegenstände erfordert wird. Der Erbe ist vielmehr befugt, sich durch die Inanspruchnahme der Hausgenossen darüber zu vergewissern, ob der vorgefundene Nachlaß noch unversehrt sei. Diese müssen ihm daher allgemein darüber Auskunft geben, was ihnen über etwaige Eingriffe in den Nachlaß bekannt ist.

Vierter Titel. Mehrheit von Erben.

I. Rechtsverhältnis der Erben untereinander.

Vorbemerkung: Aus der Judikatur sei auf die interessante Entscheidung des **RG. 60** 131 hingewiesen (§ 2033 Ziff. 3). RG. gelangt nach einer eingehenden Prüfung der Vorschriften des BGB. über die Gesamtrechtsverhältnisse zu dem Ergebnis, daß der Miterbe im Gegensatz zum Gesellschafter über den Auseinandersetzungsanspruch nicht verfügen kann. Die Entscheidung dürfte zu billigen sein. Hervorgehoben sei ferner die Abhandlung Josefs (§ 2042 Ziff. 1), der mehrere die Auseinandersetzung der Miterben betreffende Fragen erörtert.

Literatur: Josef, Erörterungen zum Auseinandersetzungsanspruche der Miterben, GruchotsBeitr. **49** 32.

Zu §§ 2032 ff. 1. R. **05** 45 (BayObLG.). Ist in einem Ehe- und Erbvertrage für den Fall des Vorablebens des einen Ehegatten die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den Kindern ausgeschlossen, so tritt zwischen diesen und dem überlebenden Ehegatten die Erbengemeinschaft ein.

2. R. **05** 17 (BayObLG.). Lehnt der überlebende Ehegatte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen ab, so tritt Erbengemeinschaft ein. Danach kann der Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse verfügen. Die Veräußerung bewirkt den Übergang der Mitgliedsrechte an der Gemeinschaft auf den Erwerber, und es kann nunmehr dieser an Stelle des mit der Veräußerung seines Anteils ausscheidenden Miterben die Auseinandersetzung fordern. Sind aber nur zwei Miterben vorhanden und überträgt der eine seinen Anteil an den anderen, so fällt die Notwendigkeit der Auseinandersetzung weg.

§ 2033. I. Abs. 1. 1. Dennler, JustdRundsch. **05** 88. Gegenstand der Verfügung ist nicht das Erbrecht als solches, sondern nur die sich aus dem Erbrecht ergebenden rechtlichen Beziehungen zur Erbschaft. — Erbrecht und Anteil am Nachlasse sind keine identischen Begriffe.

2. *Reichold, BayRpflZ. **05** 317 f. a) Der abgeschlossene Vertrag hat dingliche Wirkung. Gehören zu einem Anteil an dem Nachlasse Grundstücke, so geht das Eigentum an denselben daher kraft des Vertrags, durch welchen der Miterbe über seinen Anteil verfügt, auf den Erwerber des Nachlaßanteils über, ohne daß es der Auflassung oder des Eintrags im Grundbuche bedürfte. — b) Verfügungsrecht der Ehegatten über Nachlaßanteile. Die im Güterstande der Verwaltung und Nutznießung des Bürgerlichen Gesetzbuchs lebende Ehefrau bedarf zur Übertragung eines Anteils am Nachlasse der Einwilligung des Ehemanns. Leben Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft, so ist der Ehemann allein berechtigt, den Anteil am Nachlasse zu übertragen, selbst dann, wenn ein Grundstück zum Nachlasse gehört. Gehört der Nachlaßanteil zum eingebrachten Gute einer in Errungenschaftsgemeinschaft lebenden Ehefrau, so bedarf dieselbe zur Übertragung desselben der Zustimmung des Ehemanns. In allen übrigen Fällen dieses Güterstandes ist der Mann allein verfügungsberechtigt, selbst wenn ein Grundstück zum Nachlasse gehört. Streitfrage ist, wer von beiden als Miterben je nach Lage des Falles in Betracht kommenden Ehegatten bei Vorliegen der Fahrnisgemeinschaft über den Nachlaßanteil verfügungsberechtigt ist, wenn Grundstücke zum Nachlasse gehören. Eine Gesetzesbestimmung fehlt hierüber (vgl. o. zu § 1551 BGB.). Gehört der Nachlaßanteil zur Masse einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, so kann der überlebende Gatte ohne Zustimmung der Abkömmlinge unter allen Umständen über diesen Anteil verfügen.

3. Verfügungsrecht des Miterben über den Auseinandersetzungsanspruch. — **RG. 60** 131, JW. **05** 205, DNotV. **05** 655, R. **05** 195. Bei der Erbengemeinschaft ist, im Gegensatze zu der Gesellschaft (§§ 717, 719), jedem Miterben die Verfügung über seinen Anteil an dem Nachlaß erlaubt (§ 2033). Dagegen wird eine Verfügung über andere Ansprüche, insbesondere über den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, nicht erwähnt. Diese Verschiedenheit ist keineswegs eine zufällige, sondern, wie sich aus den Verhandlungen ergibt, eine beabsichtigte (vgl. Prot. der 2. Lesung V 837—839 in Verb. mit 842) und innerlich begründete. Die im § 2033 zugelassene Verfügung eines Miterben, deren rechtliche Natur bestritten ist (vgl. u. a. Wendt, AcivPrax. **89** 455, andererseits Strohal (3) II 97), besteht, wie eine Vergleichung mit § 719 ergibt, nicht in der bloßen Abtretung des Auseinandersetzungsanspruchs, sondern in der Übertragung der Mitberechtigung, die dem Miterben an dem Gesamtvermögen zusteht, und zwar derart, daß der Erwerber an Stelle des ausscheidenden bisherigen Mitberechtigten in das Gesamthandverhältnis eintritt. Dann aber ist die Möglichkeit eröffnet, daß der Erwerber an Stelle des Miterben und in dem nämlichen Umfange wie dieser auch an der Haftung für die Erbschaftsschulden teilzunehmen hat, und die Begründung einer solchen Haftung ist in der Tat mit der Verfügung eines Miterben über seinen Anteil an dem Nachlasse freilich nicht stets, aber doch der Regel nach verbunden. Die Verfügung kann nicht bloß in der Übereignung des Anteils, sondern auch in der Bestellung eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs bestehen, und in den beiden letzteren Fällen kommt eine Haftung des Erwerbers für die Nachlaßschulden nicht in Frage, vielmehr ist derselbe nur verbunden, sich die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus den Nachlaßgegenständen gefallen zu lassen. Wird dagegen von dem Miterben dessen Anteilsrecht selbst durch Verfügung gemäß § 2033 übertragen, so haftet der Erwerber jedenfalls dann, wenn der Übertragung ein in der Form des § 2371 BGB. geschlossener Erbschaftskauf, oder ein anderes auf die Veräußerung gerichtetes Rechtsgeschäft zugrunde liegt (vgl. Strohal a. a. O. 367, Eccius, GruchotsBeitr. **43** 808) zufolge §§ 2382, 2385 BGB. für die Nachlaßschulden neben dem veräußernden Miterben, und zwar gemäß

§ 2383 in dem nämlichen Umfang, wie dieser. Würde nun aber ein Miterbe nicht nur gemäß §§ 2033, 2371 BGB. seinen Anteil an dem Nachlaß verkaufen können, sondern überdies noch, ebenso wie der Gesellschafter zufolge § 717, die rechtliche Macht haben, seinen Auseinandersetzungsanspruch abzutreten, so würde die Möglichkeit vorhanden sein, daß er zunächst diesen Anspruch abtreten und dann über seinen Anteil im ganzen verfügen könnte, und das würde zu der Folge führen, daß der Käufer des Anteils nichts erhielte, dagegen vielleicht für Nachlaßverbindlichkeiten mit seinem eigenen Vermögen einzustehen hätte. Im Hinblick hierauf muß die Unterscheidung, die bezüglich des Verfügungsrechts der Teilhaber bei der Gesellschaft und bei der Erbengemeinschaft während der Vorarbeiten zum BGB. bei den Beratungen der zweiten Kommission gemacht wurde, für durchaus berechtigt erachtet, und es muß ferner angenommen werden, daß die damals von der Kommission gehegte Absicht, das Verfügungsrecht der Teilhaber bei der Gesellschaft anders zu ordnen, als bei der Erbengemeinschaft, im Gesetze zum Ausdruck gekommen ist. Denn wenn dem Gesellschafter die Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen versagt, aber die Abtretung seiner Ansprüche auf Gewinnanteile, sowie auf das Auseinandersetzungsguthaben gestattet (§§ 717, 719 BGB.), dagegen dem Miterben nur die Möglichkeit einer Verfügung über seinen Anteil am Nachlasse gewährt, an die Übereignung zu vollem Rechte aber die Verpflichtung des Übernehmers für die Nachlaßschulden geknüpft wird (§§ 2033, 2371, 2382, 2384, 2385), so ist hieraus die Folgerung zu ziehen, daß wohl der Gesellschafter, nicht aber der Miterbe den Auseinandersetzungsanspruch mit der im § 398 BGB. bezeichneten Wirkung abtreten kann. Die von einem Miterben erklärte Abtretung dessen, was ihm bei der Auseinandersetzung zufallen werde, ist insofern von rechtlicher Wirkung, als der Miterbe demjenigen gegenüber, an welchen abgetreten wurde, also dem Beklagten gegenüber verpflichtet ist, den seinen Erklärungen entsprechenden Sachverhalt zu verwirklichen, dagegen blieb der Erbteil in seinem Vermögen und Beklagter erlangte durch die Abtretung keinen gegen Dritte verfolgbaren Anspruch auf den ihm zugesagten Betrag. Es würde, wenn der Miterbe über seinen Erbteil später gemäß § 2033 verfügt hätte, nicht in seiner Macht gelegen haben, jenen Betrag auch gegen den Erwerber beizutreiben und ebensowenig kann er dem Kläger gegenüber ein besseres Recht geltend machen. Die von dem Kläger bewirkten Pfändungen und Überweisungen fanden und trafen sonach den Erbteil des Miterben, als derselbe noch zu vollem Rechte ihm gehörte, und begründen die Klage, nach welcher der Beklagte trotz der an ihn früher erfolgten Abtretung verpflichtet ist, anzuerkennen, daß der fragliche Erbteil dem Kläger als Pfändungspfandgläubiger zustehe (vgl. JDR. **1** § 2033 Ziff. 3a, **3** § 2033 Ziff. 1).

4. Über die Wirkung der Verfügung eines Miterben über seinen Anteil, insbesondere hinsichtlich des den Miterben erteilten Erbscheins vgl. u. § 2357 Ziff. 1 und 2 und JDR. **2** § 2033 Ziff. 1, **3** § 2033 Ziff. 3).

5. Muttergutsvertrag. **a**) R. **05** 108 (BayObLG.). Die in einem Muttergutsvertrag erfolgte Auszeigung des Mutterguts an die gemeinschaftlichen Kinder enthält trotz des Beisatzes, daß infolge dieser Muttergutsauszeigung der Witwer Alleineigentümer des gesamten Nachlasses und des dazu gehörigen Grundvermögens ist, wenn nicht der Wille der Vertragsschließenden auf Eintragung des Eigentums an dem Grundvermögen gerichtet ist, nur einen Abtretungsvertrag im Sinne des § 2033 BGB., nicht die Übertragung des Eigentums an den Grundstücken an den Witwer. — **b**) R. **05** 108 (BayObLG.). Ein Vertrag, durch den die gemeinschaftlichen Kinder dem überlebenden Vater ihren Anteil an dem Nachlasse der verstorbenen Mutter gegen Auszeigung des Mutterguts übertragen, fällt unter § 2033 BGB. — **c**) R. **05** 165 (BayObLG.). Wird in einem auf Grund

eines vorgängigen Ehe- und Erbvertrags zwischen dem überlebenden Ehemann und den Kindern geschlossenen und notariell beurkundeten Muttergutsvertrage bestimmt, daß der Vater gegen Auszeigung des Mutterguts Alleineigentümer des gesamten Nachlasses werden soll, so geht das Eigentum an den zum Nachlasse gehörenden Grundstücken kraft Gesetzes auf den Witwer über und es bedarf nicht der Übertragung des Eigentums durch ein darauf abzielendes Rechtsgeschäft.

6. RJA. **5** 185, ZBlFG. **6** 96, DNotV. **05** 596, R. **05** 325 (KG.). Zur Fortführung der Firma eines zum Nachlasse gehörenden Handelsgeschäfts bedarf es, wenn einer der Erben alle Nachlaßanteile durch Vertrag erworben hat, einer besonderen Einwilligung der Miterben.

II. Abs. 2. 1. Dernburg, BayRpflZ. **05** 33 ff., Erbrecht 498 Anm. 8. Der § 2033 Abs. 2 spricht von der Unmöglichkeit der Verfügung über den „Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen" durch den Miterben und erkennt damit an, daß dem Miterben ein Anteil an den Nachlaßsachen selbst zusteht. Durch die Vereinbarung, daß statt der Erbengemeinschaft fortan Gemeinschaft nach Bruchteilen bestehen solle, setzen die Erben diesen Anteil ziffernmäßig fest. Dadurch wird nur eine Rechtsänderung in dem zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisse bewirkt, es tritt aber weder ein Wechsel in der Person der Eigentümer ein, noch findet eine Übertragung des Eigentums von allen Teilhabern auf einen derselben oder von einem auf den anderen statt. Bei Grundstücken bedarf es keiner Auflassung.

2. Nach Teutsch, BayRpflZ. **05** 152, dagegen will § 2033 Abs. 2 den theoretischen Streit, ob dem Gesamthänder ein Anteil an den einzelnen Gegenständen der Gemeinschaft zustehe oder nicht, nicht entscheiden. Er billigt den vom BayObLG. **4** 393 vertretenen Standpunkt (vgl. im übrigen JDR. **3** § 2042 Ziff. 2 und 3 mit Zitaten).

3. Josef, DNotV. **05** 330 ff. Obwohl der Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßsachen nicht verfügen kann, hat er an ihnen dennoch Miteigentum nach Verhältnis seines Erbanteils, und dieses Miteigentum wird, wenn der Erbe in gütergemeinschaftlicher Ehe lebt, Gesamtgut; er bedarf daher der Genehmigung seiner Frau, wenn er das zum Nachlasse gehörige Grundstück als einzelnes oder bei der Auseinandersetzung über den ganzen Nachlaß veräußert (vgl. JDR. **3** § 2032 Ziff. 4).

4. Dagegen Stiff, DNotV. **05** 757. Selbst wenn man annimmt, daß der Miterbe Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen habe und daß dieser Anteil Miteigentum sei, ist nicht mit Josef a. a. O. zu folgern, daß ein in allgemeiner Gütergemeinschaft verheirateter Miterbe der Zustimmung seines Ehegatten zur Auseinandersetzung eines Nachlasses, zu dem Grundstücke gehören, zur Veräußerung eines einzelnen Nachlaßgrundstücks bedürfe. Da der Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen darf (§ 2033 Abs. 2 BGB.), wird der Anteil unübertragbar und fällt demgemäß nach § 1439 BGB. nicht in die Gütergemeinschaft.

5. OLG. **11** 231, ElsLothNotZ. **05** 50, ElsLothZ. **05** 301, R. **05** 565 (Colmar). Der § 2033 Abs. 2 hindert nur, daß ein Erbe einseitig gegen den Willen der übrigen Erben eine gegenständlich beschränkte Teilung durchsetzt. Wenn aber alle Erben eine partielle Teilung freiwillig vollziehen, liegt eine gemeinschaftliche Verfügung im Sinne des § 2040 BGB. vor.

§ 2038. LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 134. Eine Verbindlichkeit, die ein Miterbe allein nach Eintritt des Erbfalls zum Zwecke der Verwaltung und Erhaltung des noch ungeteilten Nachlasses einem Dritten gegenüber eingegangen ist, ist keine Nachlaßverbindlichkeit im Sinne des § 1967.

§ 2039. 1. Josef, GruchotsBeitr. **49** 57 ff. Auch wenn der Nachlaßschuldner ein Miterbe ist, ist er auf Verlangen der anderen Erben zur Hinterlegung der geschuldeten Leistung verpflichtet; diese Verpflichtung fällt aber fort, wenn der Schuldnererbe Umstände nachweist, die ergeben, daß die Durchführung des Anspruchs für ihn eine ungerechtfertigte Benachteiligung gegenüber den Miterben, für diese eine unbegründete Bevorzugung und hiermit eine Verletzung des das Schuldverhältnis der Miterben beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben enthält (vgl. JDR. **2** § 2039, Kreß, Erbengemeinschaft 128).

2. RG. JW. **05** 146, GruchotsBeitr. **49** 972, DNotV. **05** 488, RheinA. **101** II 81, ZBlFG. **5** 790, R. **05** 166. § 2039 enthält einen Grundsatz für alle Gesamtrechtsverhältnisse, nicht nur eine singuläre Vorschrift für die Erbengemeinschaft.

3. OLG. **9** 421 (KG.). Jeder Miterbe ist berechtigt, auch ohne vorherige Teilung der zur Erbmasse gehörigen Forderung allein und ohne Zustimmung der anderen Mitglieder die Wiederversteigerung nach den §§ 132, 133 ZVG. zu beantragen, wenn wegen Nichtzahlung des Bargebots durch den Ersteher eine entsprechende Sicherungshypothek für mehrere Miterben „in ungeteilter Erbengemeinschaft" eingetragen worden ist.

4. R. **05** 344, RheinARV. **05** 90 (BayObLG.). Der in Satz 2 des § 2039 jedem Miterben eingeräumte Klaganspruch richtet sich auch gegen einen Miterben, der Schuldner des Nachlasses ist, gleichviel ob der Kläger zur Ausgleichung verpflichtet ist oder nicht. Übereinstimmend SächsOLG. **26** 519.

5. RheinNotZ. **05** 147 (Köln). Ein Miterbe ist vor der Teilung des Nachlasses zur Zahlung seiner Erbschaftsschuld nur dann verpflichtet, wenn dies zur Deckung der Passiva des Nachlasses erforderlich ist. Dies gilt aber nur für eigentliche Nachlaßforderungen gegen einen Miterben, d. h. Forderungen, die bereits in der Person des Erblassers entstanden waren, nicht aber für Forderungen aus Rechtsgeschäften der Erbengemeinschaft mit einem Miterben, für deren Beurteilung der Vertrag, nicht das Miterbenverhältnis entscheidend ist.

§ 2040. SeuffBl. **05** 736, R. **05** 344 (BayObLG.). a) Hat der Miterbe, der Schuldner des Nachlasses ist, gegen die Miterben eine Forderung nicht, sondern nur den Anspruch auf Auseinandersetzung, aus der eine Forderung gegen die Miterben entstehen kann, so kann er ohne ein besonderes Recht zur Zurückhaltung die Zahlung der Nachlaßschuld, die von den Miterben gegen seinen Widerspruch gekündigt werden kann, nicht zurückhalten (vgl. Kreß, Erbengemeinschaft 128, GruchotsBeitr. **49** 59, Binder, Rechtsstellung des Erben III, 77). — b) Ist ein Miterbe gleichzeitig Nachlaßschuldner, so hat er bei einem dadurch begründeten Widerstreit der Interessen keine Stimme.

§ 2042. 1. Josef, GruchotsBeitr. **49**. a) 32 ff. Wenn eine Einigung der Erben über die reale Teilung des Nachlasses, also eine Übernahme der einzelnen Nachlaßgegenstände nicht zu erwarten ist, so ist der Klagantrag bei der Erbteilungsklage nicht schlechthin auf Einwilligung in die Auseinandersetzung, sondern zweckmäßig auf Verurteilung des Beklagten zu richten, in die für die einzelnen Arten der Nachlaßgegenstände gesetzlich vorgeschriebene Weise der Auseinandersetzung zu willigen. Ansprüche, die der Beklagte aus den zwischen den Miterben bestehenden Schuldverhältnissen erhebt, insbesondere betreffs der Ausgleichungspflicht, sind in dem die Verpflichtung zur Teilung aussprechenden Urteil auf Widerklage als Maßgaben, nach denen die Teilung erfolgt, festzusetzen. Eine Teilungsklage der vorbezeichneten Art braucht nur gegen die Erben gerichtet zu werden, die dem Kläger die Anteilnahme am Nachlasse verweigern (vgl. JDR. **3** § 2042 Ziff. 4, Kreß, Erbengemeinschaft 226, Planck Anm. 1 zu § 2046). — b) 44 ff. Die Auseinandersetzung, die der Miterbe jederzeit verlangen kann,

hat grundsätzlich den ganzen Nachlaß, sämtliche Nachlaßbestandteile zu umfassen; andererseits stehen aber auch dem Verlangen eines Miterben nach Auseinandersetzung betreffs einzelner flüssiger Nachlaßgegenstände ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen nicht entgegen. Daher kann der Erbe gemäß dem das Schuldverhältnis der Miterben beherrschenden Grundsatze des § 242 BGB. eine solche Teilauseinandersetzung verlangen, wenn sie nach den vorliegenden Umständen einer verständigen Geschäftsführung entspricht, ihr beachtliche Interessen der Miterben, insbesondere die Rücksicht auf die Befriedigung der Nachlaßgläubiger und auf die Ausgleichungspflicht nicht entgegenstehen, und die Auseinandersetzung hinsichtlich des ganzen Nachlasses in Bälde nicht ausführbar ist. Insoweit in dem Rechtsstreite nicht sämtliche Erben als Kläger oder Beklagte beteiligt sind, ist fernere Voraussetzung des Anspruchs auf Teilauseinandersetzung, daß die nicht an dem Rechtsstreite beteiligten Erben der anteiligen Befriedigung des Klägers aus dem zu verteilenden Nachlaßgegenstande zugestimmt haben. Daß hiernach die Frage, ob ein Anspruch auf Teilauseinandersetzung bestehe, mehr oder minder vom richterlichen Ermessen abhängt, widerspricht nicht der Zulässigkeit eines solchen Anspruchs (vgl. z. B. §§ 320 Abs. 2, 1246 BGB.), dessen Zulassung vielmehr geboten erscheint, um die Härten der Erbengemeinschaft abzuschwächen. — c) 53 ff. Die Auseinandersetzung betreffs der Nachlaßforderung erfolgt, auch wenn ihr Gegenstand eine teilbare Leistung ist, nach § 754 durch gemeinschaftliche Einziehung oder durch Verkauf nach den für den Pfandverkauf geltenden Vorschriften. Der Erbe hat kein Recht, von den Miterben zu verlangen, daß diese ihm zur Berichtigung seines Erbanspruchs Nachlaßforderungen ganz oder teilweise übereignen. — d) 63 ff. Besteht der Nachlaß lediglich aus Geldforderungen an einen der Erben, so ist die endgültige Auseinandersetzung in der Weise zulässig, daß jeder Miterbe den seinem Erbanteile gleichen Betrag der Forderungen des Schuldnererben einzieht, und dieser ist zur Zahlung verpflichtet, wenn die anderen Miterben zu dieser Verfügung des einzelnen Erben über die Nachlaßforderungen ihre Zustimmung erteilt haben, auch dieser Art der Auseinandersetzung weder Nachlaßschulden noch eine Ausgleichungspflicht entgegenstehen.

2. *Müller, R. **05** 582. Schuldet ein Miterbe selbst zum Nachlasse, so können die Miterben bei der Auseinandersetzung die Berichtigung der Nachlaßforderung aus dem auf den Miterben entfallenden Teile des Nachlasses verlangen und den schuldnerischen Miterben auf seine Schuld gegen den Nachlaß verweisen. Übereinstimmend Josef, DNotV. **05** 642 ff. und Hamm, DJZ. **05** 946. AA. DJZ. **05** 919, DNotV. **05** 597, R. **05** 594, WürttZ. **05** 202 (Stuttgart).

3. R. **05** 648 (Colmar) hat sich unter Aufgabe der JDR. **3** § 2042 Ziff. 2 mitgeteilten Ansicht der Entscheidung des **RG. 57** 432 ff. (JDR. **3** § 2042 Ziff. 3) angeschlossen.

4. R. **05** 681 (Kiel). Ein Miterbe hat gegenüber dem anderen keinen Anspruch auf Zahlung eines seiner Erbquote entsprechenden Betrags in Geld, sondern er kann nur die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im Klagewege geltend machen.

5. ThürBl. **52** 97, ZBlFG. **5** 729 (Jena). Der Miterbe braucht nicht zunächst den Weg der §§ 86 ff. FGG. zu beschreiten, bevor er nach § 2042 im Prozeßweg auf den ihm zukommenden Anteil klagen kann. Daß eine gütliche Einigung nicht erzielt werden kann und daß daher Beschreitung des Klagewegs erforderlich ist, kann nicht nur im Wege der §§ 86 ff. FGG. festgestellt werden.

6. R. **05** 681 (Colmar). Wenn die Auseinandersetzung wegen Übergehung eines zum Nachlasse gehörigen Gegenstandes unvollständig war, so bleibt in Ansehung desselben keine Erbengemeinschaft bestehen; denn ein Nachlaß, ein Inbe-

griff von Vermögensrechten ist nicht mehr vorhanden, sondern nur einzelne Gegenstände; in Beziehung auf diese aber ist für eine nachträgliche Erbauseinandersetzung kein Raum, sondern es bleibt den Beteiligten nur übrig, wenn ihnen Anfechtungsgründe im Sinne der §§ 119 ff. BGB. zu Gebote stehen, auf diese hin den ganzen Auseinandersetzungsvertrag für unwirksam erklären zu lassen und nach erfolgreicher Anfechtung eine neue Auseinandersetzung des ganzen Nachlasses herbeizuführen.

7. R. **05** 344 (BayObLG.). Ein Vertrag zwischen den Miterben und einem Vermächtnisnehmer über die Leistung des Vermächtnisses bildet keinen Erbteilungs- oder Erbauseinandersetzungsvertrag.

8. OLG. **9** 389 (KG.). Eine teilweise Aufhebung der Erbengemeinschaft ist zulässig, wenn der völligen Auseinandersetzung der Miterben lediglich das Hindernis entgegensteht, daß die Ausgleichungspflicht einiger Miterben nach nicht zweifelsfrei ist.

§ 2043. Dernburg 505. a) Der § 2043 Abs. 1 enthält nicht ein Verbot der Auseinandersetzung, falls sie durch die vorhandenen Miterben vereinbart wird, er gibt nur den Miterben das Recht, dem Antrag auf Auseinandersetzung zu widersprechen. — b) Ist ungewiß, ob Miterben ihren Anteil annehmen oder ausschlagen werden, so ist § 2043 nicht analog anzuwenden. Es ist vielmehr ein Nachlaßpfleger zu bestellen und bei der Auseinandersetzung zuzuziehen.

§ 2046. 1. *Schröder, SeuffBl. **05** 343 ff. Vor der Auseinandersetzung des Nachlasses kann ein Miterbe nicht auf Zahlung einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung klagen. Denn in der Person des Miterben vereinigen sich die Rechte des Gläubigers mit den Verbindlichkeiten und Rechten des Erben derart, daß der Umfang seines Gläubigerrechts erst festgestellt werden kann, wenn die ihm als Erben obliegenden Verbindlichkeiten und zustehenden Rechte festgestellt sind. Dazu kommt, daß nach § 2063 Abs. 2 BGB. der Forderung des Gläubiger-Miterben gegenüber sich jeder Miterbe auf seine beschränkte Haftung berufen kann, das Urteil müßte daher gemäß § 780 ZPO. unter Vorbehalt der beschränkten Haftung ergehen. Ein solches Urteil kann, wenn die Miterben von den ihnen nach § 781 ZPO. zustehenden Einreden Gebrauch machen, nur in die Erbteile (nicht in das persönliche Vermögen oder den Anteil an einzelnen Erbschaftssachen) der verurteilten Miterben oder in den ungeteilten Nachlaß vollstreckt werden. Bei der Vollstreckung des Urteils in den Erbteil des verurteilten Miterben muß der Gläubiger diesen Erbteil pfänden und sich bis zur Höhe seiner Forderung überweisen lassen und dann an Stelle des verurteilten Miterben die Auseinandersetzung betreiben; er findet also auch auf diesem Wege seine Befriedigung erst im Wege der Auseinandersetzung. Eine Vollstreckung in den ungeteilten Nachlaß setzt nach § 747 ZPO. ein gegen alle Miterben ergangenes Urteil voraus; ein solches kann ein Miterbe nicht erwirken, da er sich nicht selbst mitverklagen kann, wenn man nicht annimmt, daß der formellen, auf der materiellen Bestimmung des § 2033 BGB. beruhenden Vorschrift des § 747 ZPO. auch ein solches Urteil genügt, welches auf die Klage eines Miterben gegen alle übrigen Miterben ergangen ist, da auch ein solches Urteil sämtlichen Miterben gegenüber rechtswirksam ist. Diese Annahme dürfte aber um deswillen bedenklich sein, weil gemäß § 426 BGB. der Gläubiger-Miterbe bei seiner Klage gegen alle Miterben den auf ihn selbst fallenden Anteil in Abzug bringen muß, also nicht die ganze Nachlaßverbindlichkeit einklagen kann.

2. SeuffA. **60** 341, SchlHolstAnz. **05** 298 (KG.). Der Begriff der bei der Erbteilung zu berücksichtigenden Nachlaßverbindlichkeiten ist im allerweitesten

Sinne aufzufassen. Es sind darunter auch nicht klagbare moralische, aus sittlicher oder Anstandspflicht gebotene bzw. nach den örtlichen Gewohnheiten und der Auffassung der Beteiligten übliche Verbindlichkeiten zu verstehen.

3. DJZ. **05** 656, OldZ. **05** 92 (Oldenburg). Ein Miterbe kann seine Forderungen an den Nachlaß nicht außerhalb und vor Beendigung des Auseinandersetzungsverfahrens gegen einen seiner Miterben im Wege der Klage durchsetzen. Diese Ansprüche sind vielmehr bei der Teilung des Nachlasses geltend zu machen und nur dort zu berücksichtigen. (Planck § 2046 Anm. 4, Böhm, Erbrecht II § 96 IV 420 f.).

§ 2048. 1. BayObLG. **5** 657, R. **05** 45. Die in einem Ehe- und Erbvertrag enthaltene Vereinbarung, daß der überlebende Ehegatte gegen Auszeigung des Vater- oder Mutterguts an die Kinder Alleineigentümer des gesamten Nachlasses werden soll, enthält im Zweifel die Einsetzung der Kinder zu Miterben und eine Teilungsanordnung.

2. OLG. **9** 396, KGJ. **28** A 196 (KG.). Der Unterschied zwischen Vorausvermächtnis und Teilungsordnung besteht darin, daß im ersteren Falle der Bedachte das Zugewendete außer seinem Erbteil erhält, während er es in letzterem Falle sich auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß, dergestalt, daß es einen Teil seines Erbteils bildet oder seine ganze Erbquote darstellt.

§ 2050. 1. Dernburg V 18 ff. Die Ausgleichung der Miterben kommt nicht nur bei der Auseinandersetzung in Betracht. Man muß den nominellen und den reellen Erbteil der Miterben unterscheiden. Der reelle Erbteil gestaltet sich durch die Berücksichtigung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen, der nominelle ist der ohne solche Berücksichtigung gesetzlich bestimmte. Soweit es sich um die Verhältnisse unter den Miterben — nach innen — (z. B. Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 2034, Verwaltung des Nachlasses, Fruchtziehung nach § 2038 Abs. 2 Satz 3) handelt, können unter den Erbteilen, von denen das Gesetz redet, nur die reellen verstanden werden. Es ist zwar zunächst der nominelle Anteil eines jeden Miterben für sein Recht und seine Pflicht maßgebend, aber jeder Miterbe, der ein Interesse dabei hat, muß nachweisen können, daß sich die nominellen Erbteile nach den Regeln der Ausgleichung verschoben haben. Nicht haltbar ist daher der Ausspruch von Hachenburg 720, „daß die Ausgleichungspflicht nach BGB. zwar eine auf dem Erbteil ruhende Verbindlichkeit bildet, aber die Erbschaftsquote in keiner Weise ändert". Von dem Verhältnis unter den Miterben abgesehen, kommt auch der bloß nominelle Erbteil rechtlich in Betracht. Der bloß nominelle Erbe kann die Erbschaft antreten oder ausschlagen, er ist nach § 2057 zur Auskunftserteilung verpflichtet. (Vgl. über die hier erörterte Frage JDR. **1** § 2050 Ziff. 1 und Binder III 177.)

2. *Starke, Aussteuer und Aussteueranspruch im BGB. 17 ff. Zur Ausgleichung zu bringen ist von dem Miterben auch eine ihm erst von den Miterben nach dem Erbfall auf Grund des vor dem Erbfalle gegen den Erblasser entstandenen gesetzlichen Aussteueranspruchs (§ 1620) zugewendete Aussteuer. Das Entstehen des Anspruchs kraft Gesetzes ist der rechtsgeschäftlichen Zusage einer Aussteuer durch den Erblasser gleichzustellen und im Sinne des § 2050 wie eine Zuwendung des Erblassers zu behandeln (vgl. Strohal, Erbrecht (3) I 65 Note 15).

3. Dernburg 526. Der Erblasser kann durch einen obligatorischen Vertrag, den er nach der Zuwendung an einen Abkömmling schließt, seine Erben wirksam verpflichten, von der Ausgleichung abzustehen (gegen die herrschende Meinung vgl. Strohal § 13 Anm. 18 Ziff. 4).

§ 2055. OLG. **11** 231 (KG.). Der § 2055 Abs. 2 besagt nicht nur, daß der Erbe die Gefahr des Vorausempfanges trägt, sondern allgemein, daß der

Zeitpunkt der Zuwendung ausschließlich maßgebend sein soll. So gut wie rücksichtlich des Wertes einer Sache, z. B. eines Grundstücks, trifft dies auch rücksichtlich des Wertes einer Forderung zu. Der „Wert" einer Forderung bestimmt sich im allgemeinen nach ihrer Verkäuflichkeit. Der Verkaufswert einer Forderung, die mit dem Zinsgenußrecht eines Dritten belastet ist, dessen Lebensdauer der Erwerber der Forderung nicht kennen kann, ist nicht unbeträchtlich geringer, als er sich nach den Sätzen des Erbschaftssteuergesetzes stellt.

§ 2057. BayObLG. **5** 221. Zur Abnahme des im § 2057 bezeichneten Offenbarungseids ist, wenn die Leistung des Eides von dem auskunftspflichtigen Miterben verlangt wird, ohne daß er hierzu verurteilt worden ist, nicht das Nachlaßgericht als solches, sondern das Amtsgericht des Ortes zuständig, an dem der Auskunftspflichtige zur Zeit der Entstehung seiner Verpflichtung seinen Wohnsitz hatte (§§ 261 Abs. 1 Satz 1, 269 BGB., § 163 FGG.).

II. Rechtsverhältnis zwischen den Erben und den Nachlaßgläubigern.

§ 2058. SeuffA. **60** 295 (Königsberg). Macht der Nachlaßgläubiger von dem ihm im § 2059 Abs. 2 gewährten Rechte keinen Gebrauch, verklagt er vielmehr die Erben nach Teilung des Nachlasses als Gesamtschuldner, so sind diese nicht notwendige Streitgenossen.

§ 2059. 1. Dernburg 531. Hat der Gläubiger die Klage auf „Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse" gerichtet und diesem Antrage gemäß die rechtskräftige Verurteilung erlangt, so hat er keinen Titel, welcher ihn zur Vollstreckung gegen das Privatvermögen der Miterben ermächtigt. Der Erbe hat daher in diesem Falle einen weiteren „Vorbehalt", wie ihn der § 780 ZPO. für andere Fälle fordert, hier nicht nötig. Klagt der Nachlaßgläubiger auf Berichtigung seiner Forderung aus dem Nachlasse, so kann er in der Regel nicht mehr gegen die Erben auf Befriedigung aus ihrem eigenen Vermögen mit Erfolg klagen. Nur dann, wenn ein Miterbe für eine Nachlaßverbindlichkeit schlechthin unbeschränkt haftet, ist er in Ansehung des seinem Erbteil entsprechenden Teiles seiner Verbindlichkeit mit seinem eigenen Vermögen haftbar, soweit der Gläubiger aus dem Nachlasse nicht befriedigt wird.

2. PosMSchr. **05** 50 (Posen). Das jedem Miterben nach Abs. 1 zustehende Recht deckt sich nicht mit dem Rechte auf Haftungsbeschränkung, sondern ist ein von dieser unabhängiger Rechtsbehelf, der in der Erbengemeinschaft seinen gesetzlichen Grund hat. Jeder Miterbe braucht nach Abs. 1 Satz 2, sofern er das Recht auf Haftungsbeschränkung verloren hat, dem Gläubiger, wenn der Nachlaß noch ungeteilt ist, aus seinem übrigen Vermögen (außer seinem Nachlaßanteile) nur in Höhe des seinem Erbteil entsprechenden Teiles der Nachlaßverbindlichkeit gerecht zu werden.

3. OLG. **11** 117, PosMSchr. **05** 133 (KG.). Die Beweislast dafür, daß noch nicht geteilt ist, trifft, da es sich bei § 2059 um eine Ausnahmevorschrift handelt, den Erben (vgl. Staudinger, BGB. § 2059 Note 2 Abs. 3; aA. Dernburg 533 Anm. 2; vgl. auch JDR. **3** § 2059 Ziff. 3).

4. OLG. **11** 233 (KG.). Durch die Verurteilung auf Grund des Abs. 2 wird begrifflich nicht nur die Vollstreckung in den ungeteilten Nachlaß als solchen, sondern auch die Vollstreckung in die einzelnen Anteile der Miterben durch Pfändung und Überweisung ermöglicht; hieran kann die klagende Partei aber regelmäßig kein gleichzeitiges Interesse haben. Der Abs. 1 ist auf den Fall berechnet, daß die Klage gegen sämtliche Erben nicht durchführbar erscheint. Zur Zahlung aus ihren Anteilen sind die einzelnen Erben vor der Teilung überhaupt nicht verpflichtet (vgl. Dernburg 534).

5. OLG. 11 265 (KG.). Der märkische Ehegatte, dem das statutarische Recht auf Halbteilung zusteht, kann nicht auf Zahlung eines Vorausvermächtnisses verklagt werden.

Dritter Abschnitt. Testament.

Literatur: Hallbauer, Das deutsche Testamentrecht (3). (Leipzig 1905.)

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Daß ein geistig gesunder Mensch den Gedanken hegt, er könne später einmal geisteskrank werden, und daher aus diesem Gedanken heraus beizeiten Anordnungen hinsichtlich seiner Person und seines Vermögens selbst trifft, die beim Eintritte seiner geistigen Umnachtung in Wirksamkeit treten sollen (eine Art Irrentestament) — diesen Tatbestand macht Carlebach, DNotV. 05 445ff., zum Gegenstand einer eingehenden Erörterung. Er bejaht die Frage nach dem Bedürfnis einer solchen Selbstfürsorge, „weil die Staatsfürsorge sich nach der neueren Gesetzgebung immer mehr zurückzieht" und zeigt die Möglichkeiten auf Grund der bestehenden Gesetze mit folgendem Ergebnisse: 1. eine Willenserklärung des Gesunden hinsichtlich seiner Person für die Zeit geistiger Krankheit, z. B. Unterbringung in eine bestimmte Anstalt oder Ausschluß einer solchen, ist wirksam. — 2. Die Fürsorge für das Vermögen kann durch ein bedingtes Rechtsgeschäft erzielt werden, insbesondere durch Bestellung eines Generalbevollmächtigten; bei Gesellschaftsverhältnissen Aufnahme einer Spezialbestimmung in den Gesellschaftsvertrag. — 3. Familienrechtlich kann für den Fall, daß die Bestellung einer Vormundschaft nicht durch den Tod des Vaters, sondern durch den Eintritt seiner geistigen Umnachtung nötig wird, von ihm ein Vormund rechtsgeschäftlich bestellt werden; mindestens wird er dadurch das freie Ermessen des Vormundschaftsrichters beeinflussen. — 4. Erbrechtliche Bestimmungen für den Fall zu treffen, daß die Vermögens- und Familienverhältnisse sich nach dem Eintritt der Geisteskrankheit ändern, ist zwar möglich, aber bei der Unvoraussehbarkeit der tatsächlichen Verhältnisse der mutmaßlichen Erben ziemlich zwecklos. — Carlebach will durch seine Ausführungen zur näheren Prüfung der ganzen Frage, worüber eine eigentliche Literatur noch nicht vorhanden sei, anregen.

§ 2065. Abs. 2. Koch, BayRpflZ. 05 104. Die Anordnung des Erblassers, daß ein benannter Dritter die von ihm klar und deutlich bestimmte Rechtspersönlichkeit des Bedachten durch geeignete Ermittelung feststellen solle, ist zulässig. — Ob die von dem Dritten getroffene Entscheidung der Anfechtung unterliegt, ist nach dem Willen des Erblassers zu entscheiden.

§ 2066. SeuffBl. 05 545, BayRpflZ. 05 392, R. 05 431 (BayObLG.). Setzt der Erblasser die ehelichen Nachkommen seiner Oheime mit der Bestimmung zu Erben ein, daß der Nachlaß „an die Betreffenden gleichmäßig zu verteilen" sei, so ist darunter die Einsetzung der Verwandten nach Stämmen zu verstehen.

§ 2067. RG. BayRpflZ. 05 469. Eine Ausdehnung der Vorschrift des § 2067 auf Zuwendungen zugunsten der Verwandten eines Dritten ist nicht zulässig.

§ 2077. 1. SächsA. 15 115 (Dresden). Trifft der Erblasser zu einer Zeit, wo ein Eheprozeß bereits schwebt, Vorsorge, seine Ehefrau auf den Pflichtteil zu beschränken, falls die Ehe mit ihr bei seinem Tode noch nicht „geschieden" sein sollte, so ist dieser Ausdruck offenbar im weitesten Sinne und als gleichbedeutend mit Aufhebung der Ehe schlechthin zu verstehen.

2. OLG. 11 238, SchlHolstAnz. 04 353 (Kiel). Aus der Fassung des § 2077 ergibt sich, daß zur Anfechtung des Testaments auch solche Verfehlungen des anderen Ehegatten herangezogen werden können, auf die die erhobene Scheidungsklage noch nicht gestützt war. Es können daher die Kläger ohne weiteres alle Ehebruchsfälle bis zum Tode ihrer Erblasserin, auch wenn sie im Scheidungs-

prozesse nicht zur Sprache gebracht oder festgestellt waren, zur Begründung der Klage mit heranziehen. Zu einem gleichen Ergebnisse kommt man bei einer anderen Auslegung des § 2077. In diesem ist das Vorliegen eines abstrakten Scheidungsgrundes nicht klar vorausgesetzt, die Vorschrift bedingt vielmehr auch, daß der Ehegatte im konkreten Falle wegen des Verschuldens des anderen Ehegatten zur Scheidungsklage berechtigt war. Daraus folgt, daß ebenso, wie die Scheidungsklage, auch die Klage aus § 2077 durch den Ablauf der Frist des § 1571 und durch Verzeihung (§ 1570) ausgeschlossen wird. — Dagegen liegt den Klägern nicht der Beweis ob, daß ihre Erblasserin nicht früher als 6 Monate vor der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Kenntnis von dem Ehebruch des Beklagten erlangt hatte. Der Beklagte hat vielmehr die Kenntnis zu beweisen (vgl. Planck zu §§ 121, 124, 1571, 1594, OLG. 3 350, Mot. IV 94).

§ 2078. DJZ. **05** 751, R. **05** 196 (Stuttgart). Der § 2078 besagt nicht, daß, wenn ein Erblasser auf Grund irriger Annahmen eine Person zum Erben einzusetzen unterlassen hat, im Falle der Erweislichkeit dieses Irrtums diese Person insoweit Erbe wird, als sie der Erblasser mutmaßlich zum Erben eingesetzt hätte, wenn er nicht im Irrtum gewesen wäre; die erfolgreiche Anfechtung hat vielmehr zunächst nur die Wirkung, daß die auf dem Irrtume beruhende Verfügung nichtig ist.

§ 2079. RJA. 5 206, KGJ. **29** A 159 (KG.). Das Grundbuchamt ist befugt, zum Nachweis einer Erbfolge trotz des Vorliegens eines notariellen Testaments die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen, wenn sich aus der Anfechtbarkeit der Verfügung begründete Zweifel an dem auf die Verfügung gestützten Erbrecht ergeben.

§ 2080. Dernburg 138. Obgleich der Erblasser selbst sein Testament nicht anfechten, sondern nur widerrufen kann, muß angenommen werden, daß er nach Analogie des § 144 ein fehlerhaftes Testament bestätigen und ihm dadurch volle Kraft verleihen kann.

Zu §§ 2084, 2085. OLG. **9** 394 (KG.). Ein privatschriftliches Testament, das Lücken enthält, ist nur dann nichtig, wenn der Gesamtinhalt der Erklärung zu der Feststellung nötigt, daß wegen der lückenhaften Einzelbestimmungen auch die vollständigen sonstigen Bestimmungen nicht als gewollt zu gelten haben, daß also der Erblasser die in sich abgeschlossenen Bestimmungen nicht würde getroffen haben, wenn er zur Zeit der Vollziehung der Unterschrift gewußt hätte, daß er zur Ausfüllung der Lücken nicht mehr gelangen würde.

§ 2084. 1. Gegen OLG. **6** 72 (KG.) (vgl. JDR. **2** § 2084 Ziff. 1) wendet sich mit eingehender Begründung Dernburg 118 Anm. 8.

2. **RG.** ZBlFG. **5** 634, RheinARB. **05** 155, R. **05** 77. Zu erforschen ist lediglich der in der Form des Testaments, nicht ein außerhalb desselben erklärter Wille. Es ist mithin nicht angängig, zur Ergänzung des im Testament erklärten Willens irgendwelche andere Erklärung des Erblassers im Wege der Auslegung in das Testament hineinzutragen. Das würde eine Abänderung des Testaments bedeuten. — Allerdings können Willenserklärungen auch stillschweigend abgegeben werden, und dies gilt auch von der Erklärung des letzten Willens. Fehlt in der letztwilligen Verfügung in Ansehung eines notwendigen Punktes eine unmittelbare Willenskundgebung, so ist es nicht ausgeschlossen, daß der Willensinhalt aus der Erklärung im ganzen und aus allen, auch außerhalb der Erklärung liegenden, aber für den Willen des Erklärenden schlüssigen Tatsachen vervollständigt und der so vervollständigte Willensinhalt zur Geltung gebracht wird.

3. OLG. **11** 236 (KG.). Ein Testament: „Sollte ich auf der Reise sterben, so bekommt mein Bruder Paul S. 60 000 Mark sofort ausgezahlt, das andere

Vermögen meine Frau" ist rechtswirksam, obgleich der Erblasser einige Tage nach Rückkehr von der Reise verstorben ist. Nach der konkreten Sachlage ist in den Einleitungsworten keine Bedingung oder zeitliche Beschränkung der Gültigkeit des Testaments, sondern nur die Angabe des Beweggrundes zur Errichtung des Testaments überhaupt zu finden (vgl. Dernburg 129 Anm. 2).

§ 2085. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 982. Auch wenn das ganze Testament in dem Sinne wegen Irrtums angefochten ist, daß der Erblasser ohne den Irrtum überhaupt kein Testament gemacht haben würde, unterliegt die einzelne Bestimmung des Testaments, insbesondere auch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers, der richterlichen Prüfung nach § 2078.

Zweiter Titel. Erbeinsetzung.

§ 2087. Abs. 2. 1. Gerber, BayRpflZ. **05** 25. Die als Auslegungsregel aufgestellte Vermutung für die Natur einer Zuwendung als Vermächtnis beschränkt sich auf die Fälle der Zuwendung einzelner Gegenstände. Sie trifft summenmäßige Zuwendungen aus dem Nachlasse nicht und ist besonders dann unanwendbar, wenn der ganze Nachlaß geteilt ist.

2. R. **05** 619 (BayObLG.). Ist in einem Testamente verfügt, daß das gesamte Nachlaßvermögen nach Abzug der Kosten und der Vermächtnisse in der Weise verteilt werden solle, daß 22 mit Namen aufgeführte Personen bestimmte Geldbeträge erhalten und eine von ihnen außerdem das Haus mit Einrichtung und dafür als Vertrauensmann und Testamentsvollstrecker alles zu besorgen habe, so liegt hierin nicht die Einsetzung dieser Person als Alleinerbe, sondern die Einsetzung aller 22 Personen als Miterben und die Ernennung jener einen Person als Testamentsvollstrecker.

§ 2088. OLG. **11** 234 (KG.). Hat der Erblasser seine Ehefrau zur alleinigen Erbin bloß insoweit eingesetzt, als es das Gesetz erlaubt, so muß angenommen werden, daß er nur über diejenige Quote des Nachlasses hat verfügen wollen, welche er ihr ohne Verletzung des Pflichtteils der Kinder zuwenden konnte. Da er alsdann über die übrige Quote nicht testiert hat, so tritt insofern die gesetzliche Erbfolge ein.

Dritter Titel. Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung: Literatur und Praxis beschäftigten sich vor allem mit der Stellung des Vorerben im Grundbuchverkehr. **RG.** RJA. **6** 140 (§ 2136 Ziff. 4) hält in Übereinstimmung mit KG. und BayObLG., im Widerspruch zum OLG. Dresden, auch bei der von allen Beschränkungen befreiten Vorerbschaft zu Verfügungen beim Grundbuch die Einwilligung des Nacherben oder seine Eintragung für erforderlich. Diese Entscheidung dürfte nicht zu billigen sein, da durch sie die Absicht des Erblassers, den Vorerben freizustellen, für den Grundbuchverkehr ins Gegenteil verkehrt wird. Der Ansicht des RG. ist auch in der Literatur bereits mehrfach widersprochen worden (vgl. Jastrow, DNotV. **06** 97 ff.).

Literatur: Brachvogel, Der befreite Vorerbe und der Beweis der Negative beim Grundbuche, GruchotsBeitr. **50** 64. — Grosse, Stellung des Universalfideikommissars im Vergleich mit der Stellung des Nacherben. (Leipzig 1905)

§ 2100. 1. *Grosse a. a. O. Der Nacherbe ist trotz der Legaldefinition nicht Erbe, er ist auch nicht Vermächtnisnehmer: die Nacherbfolge ist ein drittes erbrechtliches Gebilde. Der Nacherbe ist hinsichtlich seines Anwartschaftsrechts Rechtsnachfolger des Erblassers; in die Erbschaft tritt er dagegen als Rechtsnachfolger des Vorerben ein (letzteres mit Hellwig, Rechtskraft §§ 32/3). Daraus folgt, daß auf das Verhältnis des Nacherben zum Vorerben BGB. §§ 221 und 999 anzuwenden sind und daß zum Schutze gutgläubiger Dritter

nach dem Übergange der Erbschaft auf den Nacherben § 2140 durch § 407 Abs. 1 zu ergänzen ist. (Über die prozeßrechtlichen Konsequenzen vgl. näheres zu § 326 ZPO.).

2. OLG. **11** 239 (KG.). Die testamentarische Bestimmung einer Ehefrau, ihr Mann solle ihr alleiniger Erbe sein, im Falle seiner Wiederverheiratung solle jedoch die gesetzliche Erbfolge eintreten, bedeutet, daß zunächst der Mann allein Erbe wird, daß er dies in Höhe seiner gesetzlichen Erbquote bleibt und die übrigen gesetzlichen Erben im Falle der Wiederverheiratung Nacherben, und zwar gleichfalls zu ihren gesetzlichen Erbquoten, werden.

§ 2105. KGJ. **29** A 42 (KG.). Hat die Ehefrau letztwillig verfügt, daß ihr Nachlaß nach dem Tode ihres Mannes den gemeinschaftlichen fünf Kindern zu gleichen Teilen zufallen, bis dahin aber ungeteilt bleiben soll, und läßt sich nicht annehmen, daß sie den Mann zum alleinigen Vorerben ernennen wollte, so fällt der Nachlaß sogleich dem Manne zu $1/4$ und den fünf Kindern zu je $3/20$ zu. Der Mann ist hinsichtlich seines Erbteils Vorerbe, und die Kinder sind insoweit bei seinem Tode zu je $1/20$ Nacherben; der Nachlaß bleibt bis dahin ungeteilt.

§ 2106. Vgl. u. § 2363.

§ 2108. Vgl. u. § 2279.

Zu §§ 2112 ff. R. **05** 502 (BayObLG.). Die von dem Vorerben getroffenen Verfügungen über die zur Erbschaft gehörenden Grundstücke und Rechte sind wirksam, solange sein Recht besteht. Wurde das Recht des Vorerben mit gleichzeitiger Erwähnung der Beschränkung seiner Verfügungsmacht durch die Verordnung der Nacherbfolge im Hypothekenbuch eingetragen, so gewährt die Eintragung dem Nacherben gegenüber den Verfügungen des Vorerben den erforderlichen Schutz. Bei der Eintragung der Abtretung einer in der angegebenen Weise eingetragenen Hypothek auf einen Dritten ist daher ein ausdrücklicher Vorbehalt des Nacherbenrechts nicht erforderlich.

§ 2113. 1. OLG. **10** 446, KGJ. **30** A 212 (KG.). Wird ein Nachlaßgrundstück einem der mehreren Erben, auf dessen Erbteil von dem Erblasser Nacherben eingesetzt worden sind, bei der Erbauseinandersetzung von den anderen Miterben übereignet, so ist bei der Eigentumseintragung des Übernehmers nicht zugleich das Recht der Nacherben einzutragen. Zu der Nacherbschaft gehört nicht das Grundstück, sondern nur der Wert dessen, was der Übernehmer durch die Übereignung des Grundstücks, nach Abzug der übernommenen Leistungen, aus dem Nachlasse zugewendet erhalten hat.

2. KGJ. **29** A 163, ZBlFG. **6** 101 (KG.); vgl. bereits JDR. **3** § 2113 Ziff. 2.

3. Vgl. auch u. § 2136.

§ 2136. 1. *Planck, WürttZ. **05** 172. Soll eine mit Nacherbschaft belastete Hypothek, hinsichtlich welcher der Vorerbe von den gesetzlichen Beschränkungen gemäß § 2136 befreit ist, gelöscht werden, so würde bei ordnungsmäßiger Tilgung der gesicherten Forderung der Löschung des nacherbschaftlichen Vermerks vom materiellen Rechte aus nichts entgegenstehen. Dagegen steht der Löschung das formelle Grundbuchrecht entgegen; nach diesem darf die Löschung ohne Rücksicht darauf, ob der Vorerbe befreit ist oder nicht, nur erfolgen, wenn der betroffene Nacherbe sie bewilligt (vgl. RJA. 3 250). Um diese Bewilligung entbehrlich zu machen, kann allerdings behauptet werden, das Grundbuch sei unrichtig, das durch den nacherbschaftlichen Vermerk geschützte Recht sei durch die ordnungsmäßige, eine Schenkung nicht enthaltende Verfügung des Vorerben gegenstandslos geworden. Allein der volle lückenlose Beweis dafür ist kaum zu erbringen (vgl. RJA. **6** 69). — Bei Feststellung der Nacherben ist immer

scharf zu unterscheiden, ob sie gewiß oder ungewiß sind; der letzterenfalls nach § 1913 zu bestellende Pfleger vertritt alle diejenigen Nacherben, deren Recht zur Zeit der Erklärung noch von irgendeinem Ereignis abhängig, nicht ganz zweifelsfrei ist. Die Zustimmung der vermutlichen oder höchstwahrscheinlichen Nacherben braucht das Grundbuchamt nicht; es ist nach Lage des Falles etwa Aufgabe des Vormundschaftsgerichts, solche Nacherben als die zunächst am meisten Interessierten vor der Genehmigung der Erklärung des Pflegers gemäß §§ 1847, 1915 zu hören.

2. Meikel, Verfügungen des Vorerben und § 41 GBO., R. **05** 183 ff. Will der befreite Vorerbe über ein Grundstück unbeschränkt verfügen, so ist dem Grundbuchamte der Nachweis zu liefern, daß eine unentgeltliche Verfügung nicht vorliegt oder die Zustimmung des Nacherben beizubringen.

3. Doehl, DIZ. **05** 906 ff., empfiehlt, um eine möglichst freie und vom Vormundschaftsgerichte unabhängige Stellung des überlebenden Ehegatten zu erzielen, denselben nicht nur zum befreiten Vorerben zu ernennen, sondern ihm außerdem noch als Testamentsvollstrecker die Vertretung der Nacherben zu übertragen und die Befugnis zum uneingeschränkten Selbstkontrahieren zu verleihen, nötigenfalls mit der Beschränkung, daß bei Wiederverheiratung diese Befugnis fortfallen und der Vorerbe verpflichtet sein soll, nach den gesetzlichen Vorschriften Teilung zu halten; vgl. hiergegen Brachvogel, GruchotsBeitr. **50** 89.

4. **RG.** RIA. **6** 140, DNotV. **05** 661, ZBlFG **6** 469. Es ist nicht zulässig, daß auf Grund einer Verfügung des befreiten Vorerben ohne Rücksicht auf das Recht des Nacherben eine Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen wird; es bedarf vielmehr, so oft der Nacherbe in die Verfügung nicht eingewilligt hat, dazu der vorherigen Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben sowie der Befreiung des Vorerben von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts (vgl. IDR. **2** § 2114). Gegen RG. u. KG. Brachvogel, GruchotsBeitr. **50** 64 ff.

5. OLG. **10** 448, KGJ. **30** A 261, RIA. **6** 69, ZBlFG. **6** 312, R. **05** 574 (KG.). Das Grundbuchamt kann auch im Falle der befreiten Vorerbschaft zur Löschung einer zur Erbschaft gehörigen Hypothek die Quittung und Löschungsbewilligung des Vorerben allein für nicht genügend erklären und die Zustimmung des Nacherben erfordern (abw. von KGJ. **25** A 278 (KG.), vgl. IDR. **2** § 2136); übereinstimmend DIZ. **05** 1127 (BayObLG.).

§ 2140. 1. Dernburg 177. Der Ausdruck „Verfügung" ist hier nicht im technischen Sinne des BGB. gebraucht. Der § 2140 hat vielmehr einen ähnlichen Sinn wie z. B. §§ 1424 Abs. 1, 1472, 1682 BGB. — Zu Satz 2: Ist der Vorerbe nicht im guten Glauben, so kommen einem gutgläubigen Dritten die Vorschriften des Grundbuchrechts über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs und des gutgläubigen Erwerbes beweglicher Sachen zugute. Auch §§ 406 bis 408 sind bezüglich der auf den Nacherben übergegangenen Forderungen, über welche sich der Schuldner mit dem Vorerben noch gutgläubig in Verhandlungen einließ, analog anzuwenden (vgl. IDR. **1** § 2140 Ziff. 2).

2. *Beyer, Surrogation bei Vermögen im BGB. 206. Wenn der Vorerbe nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge in unverschuldeter Unkenntnis derselben einem Dritten gegenüber eine Verpflichtung eingegangen ist, so besteht zu seinen Gunsten eine Liberierungspflicht des Nacherben nicht (gegen Strohal I 194 Anm. 7).

§ 2142. Zu Abs. 1. *Grosse 48 ff. Die „Ausschlagung" hat eine andere Bedeutung wie die Ausschlagung des § 1942; sie ist der Verzicht auf das Anwartschaftsrecht; daher ist der Schluß, daß der Nacherbe auch vor Eintritt des Falles der Nacherbfolge „annehmen" könne, falsch. Gegen Strohal mit

Kipp-Windscheid und Planck (vgl. IDR. 2 § 2142 Ziff. 2; gegen Strohal auch Dernburg 174).

§ 2143. *Thal, Vereinigung 132 ff. Bei befristeter Nacherbfolge dauern die vom Konfusionsfall betroffenen Rechtsverhältnisse fort und ruhen nur bis zum Eintritt der Nacherbfolge. Bei bedingter Nacherbfolge tritt eine resolutiv bedingte Aufhebung der Rechtsverhältnisse ein, so daß bei Eintritt der Nacherbfolge eine Wiederherstellung mit dinglicher Wirkung erfolgt.

Vierter Titel. Vermächtnis.

§ 2147. OLG. 10 301 (KG.). Eine gegen die guten Sitten verstoßende Vermächtnisanordnung (Zuwendung an eine Person, mit der der Erblasser ein unerlaubtes Liebesverhältnis gehabt hat) ist nichtig.

§ 2148. Dernburg 192. § 2148 ist nur für das Verhältnis der Erben untereinander von Bedeutung. Dem Vermächtnisnehmer gegenüber haften mehrere Erben für ein ihnen allen gemeinschaftlich aufgelegtes Vermächtnis wie für andere Nachlaßverbindlichkeiten nach §§ 2058 ff. (so auch Planck § 2148 Ziff. 2, Wilke das. Ziff. 4).

§ 2150. *Hölder, Natürliche und juristische Personen 332 f. Die Bestimmung ändert nichts daran, daß der Erbe den bestimmten Gegenstand zu seinem Erbteile schon als Erbe hat, also nicht erst als Vermächtnis bekommen soll, sowie daß es nicht ein mögliches Subjekt einer Vermächtnisforderung und Vermächtnisverbindlichkeit gegen sich selbst ist. Sie schließt aber die an sich daraus folgenden Konsequenzen insoweit aus, als sie nicht unausweichlich sind.

§§ 2169, 2170. HansGZ. 05 Beibl. 259. Die Frage, ob ein Vermächtnis wirksam ist, ist unabhängig von der Frage zu entscheiden, ob der Erblasser zur Verfügung über den vermachten Gegenstand berechtigt ist, insbesondere, ob dieser zum Gesamtgut des gütergemeinschaftlichen Erblassers gehört, da das Vermächtnis auch dann noch wirksam ist, sofern nur anzunehmen ist, daß die Zuwendung auch für diesen Fall beabsichtigt war.

§ 2173. OLG. 10 302 (KG.). Die Vorschrift ist (bei einem Vermächtnis von Wertpapieren) entsprechend anzuwenden, wenn die Forderung zwar nicht durch Leistung des Schuldners getilgt, aber durch Verkauf der Wertpapiere vom Erblasser verwertet worden ist, in denen sich die dem Inhaber zustehende Forderung gegen den Staat u. dgl. verkörpert.

§ 2175. *Thal 134 ff. Das infolge des Erbfalls durch Vereinigung eintretende Erlöschen wird aufgehalten durch die in der Vermächtnisanordnung liegende besondere Zweckbestimmung. Das Vermächtnis wirkt in diesem Falle nicht bloß obligatorisch. Der Fortbestand der Rechte ist ein relativer: „in Ansehung des Vermächtnisses". Die Fiktion des § 2175 wirkt zwar den beteiligten Personen gegenüber absolut; materiell aber reicht ihre Wirkung nicht weiter, als die Wirksamkeit des Vermächtnisses in Frage kommt.

Fünfter Titel. Auflage.

§ 2192. Binder, DJZ. 05 996 ff. Die Auflage ist keine Verfügung von Todes wegen. Eine Umgehung des Art. 6 PrAGBGB. durch Erbeinsetzung unter Auflage ist jedoch nicht möglich, weil hierin ein in fraudem legis agere zu finden ist.

§ 2194. *Klein, Zweckerreichung 129. Der § 2194 regelt den einzigen Fall von gesetzlichen Gesamtforderungen (vgl. auch Crome, BürgR. II § 206 Anm. 36 und Dernburg, BürgR. II § 164 Anm. 2).

Sechster Titel. Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung: Von Wichtigkeit ist die Entscheidung des RG. über die Befugnis des zum Testamentsvollstrecker berufenen Miterben zu Verfügungen im eigenen Interesse (zu §§ 2203—2205). Sie dürfte zu billigen sein.

§ 2197. 1. Marcus, ZBlFG. **5** 767 ff. Der Erblasser kann einen Testamentsvollstrecker zur Ausführung seiner Feuerbestattung ernennen. Hierdurch erlangt der Vollstrecker das Recht, über die Leiche zum Zwecke der Feuerbestattung unter Ausschließung der Erben zu verfügen, sowie insbesondere von jedem Besitzer oder Inhaber der Leiche ihre Herausgabe zu verlangen und im Prozeßwege zu erzwingen (§ 2203 BGB.). Vgl. auch o. § 1940.

2. Barthelmeß, BayRpflZ. **05** 177. Dem Testamentsvollstrecker lassen sich sowohl während des Bestehens der Erbengemeinschaft als nach deren Aufhebung bestimmte, im Wesen der Testamentsvollstreckung liegende Aufgaben zuweisen. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in Ansehung eines Erbteils ist für zulässig zu erachten.

§ 2198. v. Feilitsch, DJZ. **05** 348 ff. Der Erblasser kann die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers auch dem Erben überlassen.

§ 2199. OLG. **9** 408 (KG.) vgl. bereits JDR. **2** zu § 2199.

§ 2202. 1. LG. I Berlin, DNotV. **05** 586. In dem Antrage auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses liegt die Annahme des Amtes.

2. OLG. **11** 242, RJA. **5** 154, KGJ. **29** A45, PosMSchr. **05** 52, DNotV. **05** 586, ZBlFG. **6** 73, R. **05** 282, 294 (KG.). Die wirksam erklärte Ablehnung des Amtes des Testamentsvollstreckers ist unwiderruflich (in Übereinstimmung mit Appel, DJZ. **00** 358, Komm. zu § 2202 BGB. v. Frommhold Anm. 4, Planck Anm. 1, Staudinger Anm. 2, Leske, Vergleich. Darstellg. 1208², Dernburg, BürgR. V § 139⁴, Märcker, Nachlaßbehandl. (17) 163 gegen Beschluß des KG. v. 29. 1. 00; vgl. JDR. **1** § 2202 Ziff. 4).

Zu §§ 2203—2205. **RG.** JW. **05** 489, RJA. **6** 135, ZBlFG. **6** 465, DNotV. **05** 570. a) Das KG. hält in verschiedenen Entscheidungen an dem Grundsatze fest, daß der zum Testamentsvollstrecker berufene Miterbe nicht zu Verfügungen im eigenen Interesse befugt sei; er könne nicht einen Anteil am Nachlaßgrundstück sich selbst, die übrigen den anderen Erben auflassen (RJA. **3** 101, 167; vgl. JDR. **3** § 2197 Ziff. 2, 2204 Ziff. 1 u. 2. Ebensowenig könne er auf Grund seiner Quittung und Löschungsbewilligung die Löschung einer auf seinem eigenen Grundstücke lastenden Nachlaßhypothek herbeiführen (RJA. 3 44; vgl. JDR. **3** § 181 Ziff. 3b). Das OLG. Colmar (OLG. **4** 437, vgl. JDR. **1** § 181 Ziff. 3d) hat dagegen angenommen, daß der Testamentsvollstrecker als Miterbe sich selbst Nachlaßgrundstücke auflassen könne. Beide Gerichte und auch das OLG. Dresden gehen davon aus, daß der Testamentsvollstrecker eine amtliche Stellung habe. Daraus folgt aber nicht, daß ihm jede Verfügung über Nachlaßgegenstände zu seinen eigenen Gunsten verwehrt ist; auch solche Verfügungen kann er treffen, sofern sie ihm nicht nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers oder des Testators verboten sind. Das KG. weist (RJA. **4** 185 ff.) zutreffend darauf hin, daß das BGB. die Übertragung des Testamentsvollstreckeramts an einen Miterben nicht verboten habe und daß, wenn der Erblasser einen solchen zum Vollstrecker bestellt habe, diesem grundsätzlich alle Befugnisse zustehen, die das Gesetz dem Testamentsvollstrecker überhaupt beilegt. Nach §§ 2203 bis 2205 ist der Testamentsvollstrecker verpflichtet, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, insbesondere die Auseinandersetzung unter Miterben zu bewirken, und berechtigt, über die Nachlaßgegenstände entgeltlich zu verfügen. Diese Rechte hat der Vollstrecker nicht, soweit anzunehmen

ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen (BGB. § 2208 Abs. 1 Satz 1). Die Regel geben die §§ 2203—2205; der § 2208 stellt eine Ausnahme dar, deren Voraussetzung besonders nachzuweisen ist. Etwas Abweichendes ist vom BGB. für den Fall, daß ein Miterbe zum Vollstrecker bestellt ist, nicht bestimmt. Auch in solchem Falle muß ein abweichender Wille des Erblassers erhellen, um die Regel auszuschließen. Vgl. zu den hier erörterten Fragen auch OLG. **11** 244 (KG.). — b) § 181 findet auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung. Dieser ist nicht Vertreter der Erben, sondern übt seine Befugnisse zu eigenem Rechte aus (vgl. IDR. **1** zu § 2197 Ziff. 1; **2** § 2197 Ziff. 2). Wenn er die Auseinandersetzung der Erben nach §§ 2204, 2042—2056 BGB. bewirkt, schließt er überhaupt kein Rechtsgeschäft mit anderen ab, sondern er vollstreckt den Willen des Erblassers; er übt sein Amt aus und ist dabei an den Willen der Erben nicht gebunden (Planck V 396 Anm. 1 u. 2e). Soll in Ausführung der Auseinandersetzung eine Auflassung vorgenommen werden, so bedarf es freilich der Mitwirkung der Erben; niemand kann ohne seine Zustimmung als Eigentümer eingetragen werden. Aber auch bei der Auflassung handelt der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter, sondern kraft eigenen Rechtes, und er verhandelt mit den Erben, kann also auch schon deshalb nicht deren Vertreter sein. Somit fehlt es an den Voraussetzungen des § 181 BGB., und daher steht nichts im Wege, daß er einen anderen als Vertreter bestellt mit der Befugnis, in seinem — des Testamentsvollstreckers — Namen mit sich als Bevollmächtigten der Erben den Auflassungsvertrag zu schließen.

§ 2205. 1. Aron, ZBlFG. **6** 49. Der Testamentsvollstrecker ist nicht verpflichtet, Gelder in bestimmter Weise anzulegen oder Gelder und Wertpapiere zu hinterlegen. Eine von seinem Ermessen abhängende Anlegung und Hinterlegung muß auf den Namen des Erben erfolgen. Es muß zugleich dabei ersichtlich gemacht werden, daß die Verwaltung des Erben durch den Testamentsvollstrecker ausgeschlossen oder beschränkt ist.

2. OLG. **11** 240, KGJ. **30** A 92 (KG.). Ist in einer letztwilligen Verfügung dem überlebenden Ehegatten des Erblassers (neben dem Nießbrauche) die freie Verwaltung und Verfügung betreffs des Nachlasses zugewiesen, während die Kinder zu Erben eingesetzt sind, so ist, wenn nicht die Einsetzung des Ehegatten zum Vorerben und die der Kinder zu Nacherben anzunehmen ist (z. B. nicht, weil die Verfügungsbefugnis dem Ehegatten nicht im eigenen Interesse, sondern nur im Interesse der Erben und zwecks Vollziehung des letzten Willens zustehen soll), gerechtfertigt, die Anordnung hinsichtlich des Ehegatten als dessen Ernennung zum Testamentsvollstrecker anzusehen.

3. OLG. **11** 245 (KG.) (vgl. bereits IDR. **3** Ziff. 2 zu § 2205). Die Entscheidung ist nach Ansicht der Herausgeber a. a. O. Anm. 1 bedenklich, da der Testamentsvollstrecker nach ihr durch hypothekarische Belastung von Nachlaßgrundstücken die Erben persönlich unbeschränkt mit Schulden belasten kann.

§ 2208. ElsLothNotZ. **05** 203 (Colmar). Zur Beschränkung des dem Testamentsvollstrecker zustehenden Rechtes, den Nachlaß zu verwalten, bedarf es keiner ausdrücklichen Bestimmung des Erblassers. Erwähnt z. B. der Erblasser im Testamente nur die Befugnisse der §§ 2203, 2204, nicht aber die des § 2205 Satz 1, ist auch ein besonderes Bedürfnis nach einer Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht vorhanden, und entspricht endlich eine engere Begrenzung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers den durch die bisherige Gesetzgebung beeinflußten Rechtsgewohnheiten der Bevölkerung, wie in Elsaß-Lothringen, so erscheint eine einschränkende Auslegung am Platze.

§ 2212. **RG.** DJZ. **05** 814, R. **05** 594. Die Anstellung von Prozessen einschließlich von Feststellungsklagen ist den Erben durch die Vorschrift des § 2212

versagt. Daran kann auch nicht der Umstand etwas ändern, daß eine Kollision der Pflichten eines Testamentsvollstreckers und des Vaters in der Person des Sohnes der Erblasserin vorliegt. Erfüllt der Testamentsvollstrecker seine Pflicht nicht, so können sich die Erben an das Nachlaßgericht wenden und seine Entlassung beantragen, auch nach § 2218 gegen ihn klagen.

§ 2215. OLG. **10** 303 (KG.). Die dem Testamentsvollstrecker obliegende Verpflichtung, den Erben nach Annahme des Amtes unverzüglich ein Nachlaßverzeichnis mitzuteilen, ihnen ferner Auskunft zu geben und nach Beendigung seines Amtes Rechenschaft abzulegen, ist eine persönliche, den Nachlaß nicht berührende Pflicht des Vollstreckers. Dieser ist nicht berechtigt, die Kosten, welche ihm durch die Prozeßführung über seine aus §§ 2215, 2218, 666 folgenden Verpflichtungen erwachsen sind, dem von ihm verwalteten Nachlasse zu entnehmen.

§ 2218. 1. OLG. **10** 303 (Hamburg). Ein Testamentsvollstrecker kann dem Mitvollstrecker keine Generalvollmacht erteilen, wohl aber ihn zur alleinigen Vertretung für den Giroverkehr einer Bank gegenüber ermächtigen.

2. Vgl. o. zu § 2215.

§ 2221. 1. RJA. **4** 140, ThürBl. **52** 51 (Jena). Für die Festsetzung der von einem Testamentsvollstrecker für die Führung seines Amtes beanspruchten Vergütung ist das Nachlaßgericht nicht zuständig (ebenso Planck Anm. 1 und Staudinger Anm. zu § 2221).

2. HansGZ. **05** Beibl. 252 (Hamburg). In Hamburg gebühren nach gewohnheitsrechtlicher Praxis dem Testamentsvollstrecker zwei vom Hundert des von ihm verwalteten Kapitals.

§ 2222. OLG. **10** 305 (KG.). Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter der Erben im Sinne des § 181, sondern der vom Willen der Vor- und Nacherben grundsätzlich unabhängige Träger der Rechte und Pflichten, die sich gemäß dem Willen des Erblassers und dem Gesetz aus der Vollziehung des Testaments ergeben. Er kann daher, soweit dies dem Willen des Erblassers entspricht, auch gleichzeitig für den Vorerben und für den Nacherben handeln. Durch die Ernennung zum Testamentsvollstrecker und zum Pfleger der Deszendenz wird solchem Willen vom Erblasser Ausdruck gegeben.

§ 2224. 1. Dernburg 385. Das Nachlaßgericht braucht sich bei einer Meinungsverschiedenheit nicht notwendig für eine der mehreren Ansichten zu entscheiden; es ist vielmehr befugt, von denselben abzuweichen, es kann daher, wenn sowohl die Mehrheit wie die Minderheit einen gesetzwidrigen Weg einzuschlagen beabsichtigen, einen gesetzmäßigen vorschreiben (gegen Planck § 2224 Ziff. 2).

2. **RG.** JW. **05** 489, RJA. **6** 135, ZBlFG. **6** 465, DNotV. **05** 570. Wenn zwei Testamentsvollstrecker einen Dritten zur Auflassung eines Nachlaßgrundstücks bevollmächtigt haben, steht der Annahme nichts entgegen, daß jeder der beiden Testamentsvollstrecker durch den Mund des gemeinsamen Bevollmächtigten die Erklärungen abgegeben hat, an deren Abgabe der andere rechtlich behindert war. Nur dann ist eine solche gegenseitige Vertretung der Testamentsvollstrecker unzulässig, wenn der Erblasser abweichende Bestimmungen getroffen hat.

§ 2227. SeuffA. **60** 149 (Dresden). Sowohl bei Vermittelung der Erbauseinandersetzung, als auch während der etwa erforderlichen gemeinschaftlichen Verwaltung von in gemeinsamem Besitze verbleibenden Nachlaßsachen hat der Testamentsvollstrecker sich nicht einseitig auf die Wahrnehmung der Interessen eines von den Erben zu beschränken, hat vielmehr in beiden Fällen auch die Interessen der anderen Erben gebührend zu berücksichtigen. Andernfalls liegt begründeter Anlaß zu der Annahme vor, daß im Falle längeren Verweilens des Testamentsvollstreckers im Amte die Interessen der Erben einer erheblichen Ge-

fährdung ausgesetzt sein würden; es ist somit ein wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers gegeben.

Siebenter Titel. Errichtung und Aufhebung eines Testaments.

Vorbemerkung: Die Lehre von der Testamentserrichtung ist auch in dem verflossenen Berichtsjahre durch mehrfache Abhandlungen und eine Anzahl mehr oder minder wichtiger Entscheidungen bereichert worden. Im allgemeinen geht die Tendenz offensichtlich dahin, die Rechtsgiltigkeit der Testamente möglichst zu wahren. Voran geht hierbei Dernburg. Hingewiesen sei auf die bei § 2238 Ziff. 3 mitgeteilte Entscheidung des RG. Sie ermöglicht es, daß das über die Testamentserrichtung aufzunehmende Protokoll vor dem Akt der Testamentserrichtung niedergeschrieben wird. Dennler, Das Seetestament, stellt, von § 2251 ausgehend, die Vorschriften über die Testamentserrichtung kurz zusammen. Rosenstock, Das Privattestament, ist, weil ohne wissenschaftlichen Wert, im folgenden nicht berücksichtigt.

Literatur: Dennler, Das Seetestament, JustdRundsch. **05** 209, 227. —

§ 2231. Ziff. 2. Eigenhändiges Testament. 1. Text des Testaments. **a)** *Oertel, SächsA. **13** 404 ff., begründet gegen Cosack, Lehrbuch (3) II 649 eingehend die Ansicht, daß der gesamte Text des eigenhändigen Testaments vom Erblasser eigenhändig geschrieben sein muß, also schon ein einziges nicht von seiner Hand herrührendes Wort die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat (vgl. IDR. **1** § 2231 Ziff. 10). — **b)** LG. Metz, DJZ. **05** 1128. Die Forderung des § 2231, daß ein Testament „eigenhändig" geschrieben sein müsse, bezieht sich nur auf den Teil der Testamentsurkunde, welcher die einseitige Verfügung von Todes wegen enthält. Die nichtverfügenden Teile der Testamentsurkunde, wie z. B. Geschichtserzählung, Ermahnungen und Ratschläge, können von fremder Hand geschrieben werden.

2. Errichtung auf mehreren Bogen. RJA. **5** 163, KGJ. **29** A 65, R. **05** 296 (KG.). Ein eigenhändiges Testament ist nicht um deswillen nichtig, weil es aus mehreren, nicht miteinander verbundenen Bogen besteht, wofern nur die Zusammengehörigkeit der Bogen feststeht. In diesem Falle braucht nicht jeder einzelne Bogen von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages unterschrieben zu sein.

3. Unterschrift. **a)** Dernburg 73. Der Erblasser braucht nicht mit seinem standesamtlichen Namen zu unterschreiben. Es reicht aus, wenn er unterschreibt „Euer Vater". Auch der übliche Name genügt. Vgl. dagegen Jastrow, BuschsZ. **34** 501 (vgl. auch IDR. **1** § 2231 Ziff. 11, **3** Ziff. 2 b). — **b)** Dernburg 76. Ist die Unterschrift des eigenhändigen Testaments echt, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift mit Inbegriff des Datums die Vermutung der Echtheit für sich (ZPO. § 440). AA. Planck zu § 2231 Bem. 6, Endemann III § 27 Anm. 19. — **c)** **RG.** JW. **05** 397. Beim privatschriftlichen Testamente wird dem Erfordernisse der Unterschrift durch die Namensschrift auf dem lediglich zur Verwahrung verwendeten Briefumschlage nicht genügt (in Übereinstimmung mit PucheltsZ. **05** 268, R. **05** 226 (Colmar) gegen LG. Metz, DJZ. **05** 1128).

4. Datum. **a)** Dernburg 73. Für das Zeitdatum ist nicht notwendig daß der Kalendertag angegeben wird. Es genügt z. B. „Ostersonntag 1904"; nicht minder „am Tage meiner silbernen Hochzeit". Für das Ortsdatum ist die Angabe eines bestimmten geographischen Punktes keineswegs unerläßlich. Es genügt die Datierung an Bord eines Seeschiffes zwischen Hamburg und Newyork, oder im Eisenbahnzuge zwischen Sofia und Adrianopel. Ist die Urkunde nach einer Gemeinde ohne nähere Bezeichnung datiert und führen andere Gemeinden denselben Namen, so schadet dies der Geltung des Testaments nicht. Vgl. da=

gegen Jastrow, BuschsZ. **34** 501. (Vgl. auch JDR. **3** § 2231 Ziff. 1b u. c). — **b**) Schmitt, BayRpflZ. **05** 77 f. Die Ortsbezeichnung durch die Angabe des Ortsnamens ist nicht erforderlich. Es muß vielmehr jede Angabe des Ortes genügen, die nach der allgemeinen Verkehrsübung den Ort hinreichend deutlich bezeichnet. — **c**) Griesser, BayRpflZ. **05** 79 ff. Das Datum des Testaments ist keine Willenserklärung, der Erblasser will vielmehr mit der Datierung nur bezeugen und beurkunden, er habe an dem angegebenen Tage die Erklärung abgegeben. Eine im Texte des Testaments gemachte, rein tatsächliche Bemerkung, deren Inhalt den Tag der Erklärung bezeichnet, erfüllt allein schon die an die Datierung gestellten Erfordernisse. — **d**) R. **05** 166 (Köln). Ein eigenhändiges Testament verliert seine Gültigkeit nicht, wenn die richtige Jahreszahl im Testamentsdatum durch eine zuviel hineingeschriebene Ziffer (19901 statt 1901) bloß äußerlich entstellt ist. — **e**) OLG. **10** 307 (KG.). Für die Behauptung der unrichtigen Datierung ist der Behauptende beweispflichtig, wenn ein äußerlich fehlerfreies, seiner Echtheit nach anerkanntes Testament vorliegt; denn ein solches begründet die Vermutung, daß die gesamte Erklärung an dem angegebenen Tage niedergeschrieben ist. Fehlt aber schon der Anschein äußerer Fehlerlosigkeit (hellere Tinte, besondere Unterschrift, Abweichung von der vom Erblasser durch Linienziehung selbst vorgenommenen Raumeinteilung), so muß bewiesen werden, daß die gesamte Verfügung am angegebenen Tage niedergeschrieben ist; andernfalls sind die Zusätze nichtig. — **f**) RJA. **5** 163, PosMSchr. **05** 28, R. **05** 196, JustdRundsch. **05** 173 (KG.). Das Datum kann räumlich auch der Unterschrift nachfolgen, wenn nur die Angabe von Ort und Zeit in einem derartigen räumlichen Verhältnisse zu dem übrigen Inhalt des Testaments steht, daß seine Bedeutung als Datum des Testaments daraus hervorgeht.

5. SeuffA. **61** 22 (KG.). Wenn im früheren Gebiete des PrALR. wesentliche Teile eines Testaments vor dem 1. Januar 1900 geschrieben sind und das ganze Testament nach dem 1. Januar 1900 vom Erblasser unterschrieben ist, liegt ein rechtsgültiges Testament nicht vor.

§ 2233. Dernburg 85 nimmt gegen die herrschende Meinung an, daß ein Wechsel in den mitwirkenden Personen während der Testamentserrichtung zulässig sei. Dagegen s. Jastrow, BuschsZ. **34** 508 ff.

§ 2238. 1. Dernburg 77. Verwendet der Erblasser eine Testamentsurkunde, welche alle Voraussetzungen eines eigenhändigen Testaments an sich trägt, zu einem öffentlichen Testamente, so behält es, wenn es wegen eines Formmangels als öffentliches nichtig ist, als Privattestament Geltung. (AA. Cosack II § 358 Anm. 9.)

2. WürttJ. **17** 203 (Stuttgart). Die mündliche Erklärung des letzten Willens kann auch durch zustimmende Erklärung auf einen von dem beurkundenden Notare dem Erblasser gemachten Vorschlag erfolgen.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 118, SeuffA. **60** 454, ZBlFG. **6** 209, DNotV. **05** 654, DJZ. **05** 602, R. **05** 591. Eine gesetzliche Vorschrift, daß die im § 2238 vorgeschriebene mündliche Erklärung vom Erblasser in ausführlicher oder zusammenhängender Rede abzugeben sei, besteht nicht. Sie kann daher auch auf dem Wege einer Rede und Gegenrede, Frage und Antwort zwischen dem Beamten und dem Erblasser zum Ausdruck kommen. Hierbei ist die Benutzung, insbesondere die Vorlesung einer Niederschrift nicht schlechthin ausgeschlossen, sofern nur die auf Klarstellung und Kundgebung des letzten Willens gerichtete Testamentsverhandlung sich so gestaltet, daß die mitwirkenden Personen, insbesondere die Zeugen, aus dem Verlauf der sich vor ihnen abspielenden Verhandlung und der hierbei mündlich von dem Erblasser abgegebenen Erklärung klar zu erkennen vermögen, worauf der wirkliche Wille des Erblassers gerichtet

ist. Gerade hierüber sollen die zugezogenen Zeugen bei etwa später entstehendem Streite zuverlässige Auskunft geben; sie sollen ferner als Kontrollpersonen überwachen können, daß der wirklich erklärte Wille in dem Protokolle richtig zum Ausdrucke gebracht wird.

§ 2239. 1. OLG. **10** 309, KGJ. **29** A 49, RJA. 5 228, PosMSchr. **05** 67, DNotV. **05** 577, ZBlFG. **6** 133, RheinNotZ. **05** 157, 172, ElsLoth. NotZ. **05** 257, SchlHolstAnz. **05** 237, R. **05** 314, 442 (KG.). Die Vorschrift des § 2239, wonach die bei der Errichtung des Testaments mitwirkenden Personen während der ganzen Verhandlung zugegen sein müssen, bezieht sich nicht auf die Niederschrift des Protokolls (vgl. JDR. **1** zu § 2239).

2. **RG.** JW. **05** 24, DNotV. **05** 86, ZBlFG. **6** 207, R. **05** 46, 81. Aus § 2241 Nr. 2 folgt, daß zu den bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen nicht der Erblasser gehört. Es kann daher aus dem § 2239 für die durch keine besondere Gesetzesbestimmung vorgeschriebene Notwendigkeit der Gegenwart des Erblassers bei der Vollziehung des Protokolls durch den Gemeindevorsteher und die beiden Zeugen (§ 2249) nichts entnommen werden.

§ 2240. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 115, ZBlFG. **6** 210. Das über die Errichtung des Testaments aufzunehmende Protokoll braucht nicht in Gegenwart der Zeugen niedergeschrieben zu werden; es kann vielmehr dazu eine vorher angefertigte Niederschrift benutzt werden.

§ 2241. Ziff. 2. Vgl. o. zu § 2239 Ziff. 2.

§ 2242. 1. Abs. 1. **a)** Landsberg, PosMSchr. **05** 141, wendet sich ausführlich gegen **RG.** JW. **05** 541, DJZ. **05** 961, welches ein Protokoll für nichtig erklärt, in dem die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen eigenhändig unterschrieben worden ist, nicht vor, sondern hinter (unter) den Unterschriften der Beteiligten steht (vgl. JDR. zu § 177 FGG., vgl. auch Dernburg 89 Anm. 21). — **b)** Josef, DNotV. **05** 345. Das Protokoll muß von dem Erblasser auch dann unterschrieben werden, wenn er blind ist. Die bloße Feststellung der Blindheit befreit von der Notwendigkeit der Unterschrift ebensowenig wie die protokollierte Erklärung des Erblassers, blind zu sein; die Notwendigkeit seiner Unterschrift fällt nur fort, wenn seine Erklärung, nicht unterschreiben zu können, zu Protokoll festgestellt ist (vgl. JDR. **3** § 2242 Ziff. 1c und Schultze-Görlitz, Komm. zu FGG. § 177 Anm. 3). — **c)** OLG. **11** 247, HansGZ. **05** Beibl. 192, R. **05** 565 (Hamburg). Die Feststellung braucht nicht ausdrücklich dahin zu gehen, daß das Testament „eigenhändig" unterschrieben sei; es genügt, daß das Protokoll die eigenhändige Unterzeichnung durch den Erblasser ergibt. — **d)** OLG. **10** 310, DNotV. **05** 579, RheinNotZ. **05** 158, PuceltsZ. **05** 271, ElsLothNotZ. **05** 257, R. **05** 135 (Colmar). Ein notarielles Testament unterliegt nicht deshalb der Nichtigkeit, weil es der Erblasser nicht räumlich und zeitlich als erster unterschrieben hat (abw. Planck Anm. 4, Fischer-Henle Anm. 9 zu § 2242; Endemann III § 29 Note 24, Rausnitz, DJZ. **99** 458; vgl. auch JDR. **1** § 2242 Ziff. 5a).

2. Abs. 2. **a)** Sauer, BayRpflZ. **05** 69 ff. Die Feststellung der Erklärung des Erblassers, er könne nicht schreiben, tritt in vollem Umfange an Stelle der Unterschrift und bedarf mithin ebensowenig wie die Unterschrift selbst der Verlesung (vgl. dagegen JDR. **3** § 2242 Ziff. 2). — **b)** Josef, ZBlFG. **5** 483 ff. Ist im Protokolle festgestellt, daß „das Protokoll" vorgelesen und genehmigt sei, und folgt nun die Erklärung des Erblassers, daß er nicht schreiben könne, so ist hiermit bezeugt (festgestellt), daß auch diese Erklärung mit vorgelesen und mit genehmigt ist. Denn auch diese Erklärung ist ein Teil des Protokolls, und der Umstand, daß sie räumlich hinter dem Vorlesungsvermerk beurkundet ist, beweist nicht, daß sie erst nach der Vorlesung abgegeben sei. — **c)** SeuffA. **60**

27 (Bamberg). Die objektive Feststellung der Tatsache der Schreibensunkunde des Erblassers genügt nicht; auch enthält die Beifügung eines Handzeiches nicht die Erklärung, nicht schreiben zu können, denn es kann der Erblasser auch nicht schreiben wollen. Ein Beweis für die Abgabe der Erklärung durch Zeugen ist unstatthaft. — **d)** OLG. **9** 439, KGJ. **29** A 258, RJA. **5** 48, ZBlFG. **5** 665, HansGZ. **05** Beibl. 4, RheinNotZ. **05** 135, R. **05** 108, 145 (Hamburg). Das notarielle Testament eines Schreibensunkundigen ist nicht deshalb ungültig, weil die Erklärung des Erblassers über seine Schreibensunkunde in der Form abgegeben wird, daß der Erblasser die entsprechende im Protokoll enthaltene Feststellung des Notars genehmigt (vgl. JDR. **3** zu § 2242 Abs. 2 a—c). — **e)** ZBl. FG. **6** 149 (Dresden) schließt sich der JDR. **2** § 2242 Ziff. 5 mitgeteilten Entscheidung des KG. an.

§ 2249. 1. Abs. 1. **a)** **RG.** JW. **05** 24, DNotV. **05** 86. Es ist unerheblich, daß die beiden bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen in dem Testamentsprotokolle Schöffen genannt werden, da sie in Wirklichkeit, wie der § 2249 vorschreibt, zwei Zeugen des Gemeindevorstehers bei der Testamentserrichtung waren und ihre Bezeichnung nach dem Amte, das sie sonst im bürgerlichen Leben dem Gemeindevorsteher gegenüber bekleiden, nicht ins Gewicht fällt. — **b)** KGJ. **29** A 49, PosMSchr. **05** 67, R. **05** 344 (KG.). Ein Nottestament kann in Preußen auch vor dem Bürgermeister einer Stadtgemeinde mit Magistratsverfassung oder dessen Stellvertreter errichtet werden. — **c)** SeuffA. **60** 27 (Bamberg). Wer Gemeindevorsteher ist, und wer als sein ordentlicher Stellvertreter bei Errichtung von Dorftestamenten für ihn eintreten kann, bestimmt das Landesrecht.

2. Abs. 2. **a)** **RG.** JW. **05** 24, ZBlFG. **6** 208. Der Rüge der Revision, daß in dem Testamentsprotokolle die Besorgnis, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter nicht mehr möglich sein werde, festgestellt, nicht aber die Besorgnis, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht mehr möglich sei, festgestellt sei, ist keine Bedeutung beizumessen. Denn da jene Feststellung im Protokolle gesetzlich nicht in bestimmten sakramentalen Worten vorgeschrieben, so ist eine Rüge, betreffend die Notwendigkeit einer solchen ausdrücklichen Feststellung, wesentlich tatsächlicher Natur. — **b)** RJA. **5** 238, PosMSchr. **05** 67, R. **05** 442 (KG.). Die Feststellung der Besorgnis, daß die Errichtung vor einem Richter oder Notar nicht mehr möglich sein werde, kann in Abwesenheit der Zeugen getroffen und in das Protokoll aufgenommen werden. — **c)** RJA. **5** 45, ZBlFG. **5** 663, R. **05** 145, WürttZ. **05** 175 (Stuttgart) vgl. bereits JDR. **3** § 2242 Ziff. 4.

§ 2258. PfälzRpr. **2** 44 (Zweibrücken). Der § 2258 ist so aufzufassen, daß die Unabhängigkeit mehrerer zu verschiedenen Zeiten errichteter Testamente von einander die Regel bildet, der Beweis für das Vorliegen eines Ausnahmefalls, der Widerspruch zwischen älteren und jüngeren Verfügungen liegt daher dem dies Behauptenden ob.

§ 2259. 1. Dernburg 104 Anm. 7. Befindet sich das Testament in einem Banksafe, so ist die Bank verpflichtet, dieses mit jedem, der den dazugehörigen Schlüssel hat, zur Herausnahme und Ablieferung des Testaments zu öffnen. Jeder Besitzer des Schlüssels, mag er Erbe sein oder nicht, ist verpflichtet, hierzu mitzuwirken. Es ist dann Sache der Bank, durch einen Beamten mit dem Schlüsselbesitzer das Testament an das Nachlaßgericht abzuliefern. Ist nicht zu ermitteln, wer den Schlüssel des Erblassers zu dem Safe hat, so hat das Nachlaßgericht nach § 1960 einen Pfleger zu bestellen, der einen neuen Schlüssel verfertigen läßt und dann das Safe mit der Bank öffnet (vgl. hierzu JDR. **3** § 2259 Ziff. 1 b).

2. Wolff, JustizbRundsch. 05 87. Die prozessuale Verfolgung des Rechtes auf Testamentsvorlegung zwecks gerichtlicher Eröffnung ist zuzulassen, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

3. ElsLothNotZ. 04 343, ElsLothZ. 05 80, ZBlFG. 5 499 (Colmar). Die vor 1900 errichteten Eheverträge, in denen freigebige Verfügungen der Eheleute von zukünftigem oder von gegenwärtigem und zukünftigem Vermögen enthalten sind, müssen nach dem Tode des Zuwendenden an das Nachlaßgericht abgeliefert und von diesem zum Zwecke der Eröffnung angenommen werden. Dem Nachlaßgerichte steht nicht das Recht zu, zu prüfen und zu entscheiden, ob die im Ehevertrag enthaltene Verfügung von Todes wegen zu Recht bestehe, und bei Verneinung dieser Frage die Annahme des Ehevertrags abzulehnen.

4. R. 05 196 (Naumburg). Der Klage eines Pflichtteilsberechtigten auf Ablieferung eines angeblich vom Erblasser errichteten und dem Beklagten zur Verwahrung übergebenen Testaments an das Nachlaßgericht stehen die dem allgemeinen Rechtsschutze dienenden Vorschriften der § 2259 BGB. und § 83 FGG. nicht entgegen.

§ 2260. 1. *Dennler, ZBlFG. 5 534 ff. Die Frage, ob die Verkündung einer Verfüguug von Todes wegen auch bei Nichtanwesenheit von Beteiligten zu erfolgen hat, ist gegen Schultzky a. a. O. 4 835 und OLG. 6 179 (KG.) (vgl. JDR. 2 Ziff. 3) zu verneinen.

2. OLG. 11 248, RJA. 6 111, KGJ. 30 A 302, SeuffA. 61 23, HansGZ. 05 Beibl. 274, ZBlFG. 6 447 (Hamburg). Ein Schriftstück ist dann nicht als Testament vom Nachlaßgerichte zu eröffnen, wenn sich ohne Erforschung weiterer Tatsachen und ohne Entscheidung zweifelhafter Rechtsfragen, also „ohne weiteres“ für jeden des Gesetzes Kundigen ergibt, daß es kein Testament ist. Dies trifft insbesondere zu, wenn der Text einer privatschriftlichen letztwilligen Verfügung offensichtlich von anderer Hand als die Unterschrift herrührt (vgl. JDR. 1 § 2260 Ziff. 1 u. 2).

§§ 2262, 2263. KGJ. 30 A 305, RJA. 6 117, ZBlFG. 6 452, R. 05 565 (BayObLG.). Das Nachlaßgericht hat die bei der Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesenen Beteiligten, zu denen auch Vermächtnisnehmer gehören, von dem sie betreffenden Inhalte des Testaments alsbald auch dann in Kenntnis zu setzen, wenn der Erblasser bestimmt hat, daß diese Bekanntmachung erst zu einer späteren Zeit erfolgen soll (vgl. JDR. 2 zu § 2262).

§ 2264. SeuffBl. 05 326, ZBlFG. 6 219, R. 05 196 (BayObLG.). Die Einsicht letztwilliger Verfügungen sowie von Nachlaßakten kann jedem gestattet werden, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob irgendwelcher Anhalt für eine begründete Einwendung vorhanden ist; denn das berechtigte Interesse kann gerade darin bestehen, die Gewißheit zu erlangen, ob Veranlassung zu Einwendungen besteht. Das Nachlaßgericht kann jedoch bestimmen, daß die Akten bei ihm selbst zur Einsicht bereitgestellt werden, um der Gefahr, die mit der Hin- und Hersendung der in den Akten befindlichen letztwilligen Verfügungen verbunden ist, vorzubeugen.

Achter Titel. Gemeinschaftliches Testament.

Vorbemerkung: Über die Form der gemeinschaftlichen Testamente herrscht noch immer Streit. Von Wichtigkeit ist die bei § 2267 mitgeteilte Entscheidung des KG. Aus der Literatur ist die Monographie von Proske hervorzuheben.

Literatur: Proske, Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage. (Berlin 1905.)

§ 2265. Dernburg 253. Die Gemeinsamkeit der in öffentlicher Form errichteten Testamente liegt in der gemeinschaftlichen Errichtung durch die Ehe-

gatten bei der Behörde und insbesondere in der Einheit des Protokolls über deren Erklärungen. Es kommt nicht darauf an, ob der eine Ehegatte seine Erklärungen mündlich, der andere schriftlich bei Gericht oder Notar abgibt; auch nicht darauf, ob der eine, weil er stumm ist, seine Erklärung nur schriftlich äußern kann, der andere, weil er an diesem Gebrechen nicht leidet, seinen Willen mündlich erklärt (vgl. dagegen JDR. **1** § 2265 Ziff. 1 und Planck 491).

§ 2267. 1. Dernburg 254. Das gemeinschaftliche Testament ist in doppelter Form möglich. Es ist einmal zulässig, daß jeder der Gatten in derselben Urkunde sein Testament selbständig erklärt. Es muß jedoch hierbei die Absicht der Gatten, ein gemeinschaftliches Testament zu errichten, hervortreten. Jeder Gatte muß die Formen eines eigenhändigen Privattestaments selbständig wahren. Nicht unumgänglich ist, daß beider Erklärungen von einem und demselben Tage und von einem Orte herstammen. Ferner genügt die Form des § 2267. Der andere Ehegatte braucht hierbei nicht gerade die im Gesetz enthaltenen Worte zu wählen. Bloße Mitunterzeichnung reicht nicht aus; das Wort „Einverstanden" kann als Beitrittserklärung angesehen werden. Identität des Ortes und Zeitdatums der beiden Erklärungen wird nicht zu fordern sein, doch darf das Datum des Beitritts kein älteres sein als dasjenige des Haupttestaments (vgl. JDR. **1** § 2267 Ziff. 1 bis 3).

2. Ziff. 1 u. 2. *Jastrow, BuschsZ. **34** 502 ff., handelt eingehend über die verschiedenen möglichen Formen für das gemeinschaftliche eigenhändige Testament gegen Dernburg und unter formularmäßiger Darstellung im einzelnen.

3. *Proske a. a. O. 36. Der § 2267 zeigt, daß äußerlich wohl zwei Akte unterschieden werden sollen, daß aber diese beiden Akte inhaltlich in einander übergehen. Dies weist auf die Vertragsnatur des gemeinschaftlichen Testaments hin.

4. OLG **11** 250, KGJ. **29** A 57, RJA. 5 147, ZBlFG. **6** 68, DNotV. **05** 580, PosMSchr. **05** 92, R. **05** 293 (KG.). Für die Errichtung gemeinschaftlicher eigenhändiger Testamente sind Ehegatten nicht auf die Form des § 2267 beschränkt. Es genügen dazu Erfüllung des § 2231 Nr. 2 das. durch jeden Ehegatten für seine Verfügungen und Gemeinschaftlichkeit der Testamentserrichtung. Ob die letztere vorliegt, ist Tatfrage; ihr Beweis kann auch auf andere Weise als durch eine dem § 2231 Nr. 2 entsprechende, eigenhändig datierte Erklärung geführt werden (vgl. hierzu JDR. **1** und **3** zu § 2267). AA. Löwenwald, Die gemeinschaftlichen Testamente im BGB. 85, Böhm, Erbrecht 213, Fischer-Henle Anm. 1 zu § 2267; wie hier Planck, BGB. § 2267 Anm. 3, Staudinger, BGB. § 2267 Anm. 2 Abs. 3; Strohal, Erbrecht I 323 Anm. 18, Neumann, § 2267 Anm., Peiser, TestamentsR. 333 Anm. 3.

5. KGJ. **28** A 301, RJA. **4** 143 (Hamburg). Im Falle der Errichtung eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments von Ehegatten kann eine Unvollständigkeit bei der Angabe des Tages in der dem Testamente des einen Ehegatten hinzugefügten Beitrittserklärung des anderen nicht durch den Nachweis ergänzt werden, daß die Erklärungen der Ehegatten gleichzeitig an dem in der Haupterklärung bezeichneten Tage abgegeben sind.

6. RJA. 5 42, DNotV. **05** 580, ZBlFG. 5 661, RheinNotV. **05** 531 (KG.) vgl. bereits JDR. **3** § 2267 Ziff. 1 a, c, d.

7. SeuffA. **60** 30, RJA. **4** 197, SeuffBl. **05** 27, ThürBl. **52** Beibl. 93, DJZ. **05** 510 (BayObLG.) vgl. bereits JDR. **3** § 2267 Ziff. 1 a Abs. 2).

§ 2269. **RG. 60** 115 ff., JW. **05** 206, R. **05** 283. Im Zweifel ist der Dritte nur Erbe des Überlebenden, so daß der Erbgang nach dem zuerst Versterbenden sich mit dessen Beerbung durch den Überlebenden völlig erschöpft, und der Dritte den ganzen Nachlaß, also auch das darin enthaltene Vermögen des

zuerst Verstorbenen, nur als Erbe des Überlebenden und nur kraft seiner durch diesen erfolgten Einsetzung als Erbe erhält. Aus der Bezeichnung des Dritten als Nacherben im Testament und aus der Einräumung einer Mitverwaltung an ihn zu Lebzeiten des Überlebenden kann aber zu folgern sein, daß er Nacherbe des Erstverstorbenen und Erbe des Zuletztverstorbenen sein soll.

§ 2270. 1. Dernburg 262. Eine Nichtigkeit der korrespektiven Bestimmung tritt auch dann ein, wenn der korrespektiv Bedachte die Zuwendung ausschlägt oder wenn der Bedachte vor dem Erbfalle stirbt. Aus § 2271 folgt jedoch, daß im Falle des Unterganges der korrespektiven Verfügung durch Ausschlagung der Gegenteil seine Verfügung besonders aufheben muß, wenn er deren Unwirksamkeit will.

2. *Proske a. a. O. §§ 2, 4, 19. Ein korrespektives gemeinschaftliches Testament kommt der Sache nach einem gegenseitigen Erbvertrag, in dem sich beide Teile den Rücktritt vorbehalten haben, gleich. Die Verfügungen in einem korrespektiven gemeinschaftlichen Testamente sind ihrem Wesen nach vertragsmäßig. Dogmatisch und systematisch wäre es daher im Gegensatze zum Systeme des BGB. richtiger, als Hauptgegensatz das einseitige Testament und die zweiseitigen Verfügungen von Todes wegen zu unterscheiden und dann die letzteren der Einteilung in vollkommene Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente zu unterwerfen.

3. ThürBl. **52** 81, R. **05** 226 (Jena). Wenn Ehegatten ein gemeinschaftliches korrespektives Testament errichtet haben, kann der überlebende Ehegatte das durch den Tod des anderen Ehegatten bindend gewordene Testament anfechten, wenn einer der Anfechtungsgründe der §§ 2078, 2079 gegeben ist.

§ 2271. 1. *Proske a. a. O. a) Der Vertragscharakter des korrespektiven gemeinschaftlichen Testaments tritt besonders deutlich in der Behandlung der Verfügungen des überlebenden Erblassers zutage. Diese unterscheiden sich im wesentlichen überhaupt nicht von erbvertragsmäßigen. Auf sie sind daher die nur für den Erbvertrag gegebenen Vorschriften der §§ 2281—2285 (über Anfechtung und Bestätigung des anfechtbaren Erbvertrags), 2287, 2288 und 2289 Abs. 1 Satz 2 entsprechend anzuwenden (55, 58, 62, 63). — b) Abs. 1 Satz 2. Zweiseitige Aufhebung liegt auch dann vor, wenn der eine Teil zur Aufhebung durch den anderen nur seine Zustimmung zu geben hat; vgl. § 2291 BGB. (64). — c) Abs. 2 Satz 1. Diese Bestimmung handelt nur von der Ausschlagung seitens des Überlebenden bezüglich des ihm Zugewendeten. Es müßte also die Ausschlagung der Zuwendung an einen Dritten durch diesen bedeutungslos sein. Sehr zweifelhaft aber ist der Fall, wenn sowohl der Überlebende, als auch der Dritte eine Zuwendung erhalten hat, und nur der Überlebende ausgeschlagen hat. Denn beide Zuwendungen zusammen bilden die korrespektive Verfügung, mit Rücksicht auf welche der verstorbene Erblasser die Verfügungen des Überlebenden getroffen wissen wollte. Die auflösende Bedingung, die das Gesetz dem Erlöschen des Widerrufsrechts setzt, beruht offenbar auf dem Gedanken, daß das Widerrufsrecht dann wieder aufleben könne, wenn der Überlebende seinerseits will, daß auch die von dem Vorverstorbenen korrespektiv getroffenen Verfügungen nicht zur Ausführung kommen sollen. Das Gesetz weist bezüglich der Behandlung der Zuwendungen an Dritte eine Lücke auf. Dem der Vorschrift des §§ 2271 Abs. 2 Satz 1 zugrunde liegenden Gedanken würde es entsprechen, auch den durch den Tod des vorverstorbenen Erblassers wirksam gewordenen Erwerb des Dritten von einer Willensentscheidung des Überlebenden auflösend bedingt zu machen. Dasselbe gilt für einen gegenseitigen Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt; § 2298 BGB. (47 ff.).

2. Buka, DJZ. **05** 403 ff. Der Widerruf wechselseitiger Testamente aus

landrechtlicher Zeit erfolgt nach dem 1. 1. 00 nach den Vorschriften des BGB. AA. RG. JDR. **1** Ziff. 7, Planck Bem. IX zu § 2271, KGJ. **22** A 25 (KG.).

§ 2273. OLG. **11** 250 (KG.). a) § 2263 gilt auch für gemeinschaftliche Testamente, dies folgt aus § 2273. — b) Durch das Vorversterben des einen Ehegatten erledigte Verfügungen und auch damit zusammenhängende Verfügungen des Überlebenden sind nicht zu verkünden.

Vierter Abschnitt. Erbvertrag.

Vorbemerkung: Von Bedeutung für die Praxis ist Bollenbecks Abhandlung über die Erbverträge zwischen Ehegatten. Einzelne Fragen erörtert Krüger in GrünhutsZ. anläßlich einer Besprechung von Schiffners Schrift, Der Erbvertrag nach dem BGB. Die Rechtsprechung liefert nur geringes Material.

Literatur: Bollenbeck, Zur Theorie und Praxis der Erbverträge zwischen Ehegatten, DNotV. **05** 462 und Bonn 1905. — Proske, Die Unterschiede zwischen einem gemeinschaftlichen Testament und einem Erbvertrage. (Berlin 1905.)

§ 2274. OLG. **10** 313 (KG.). Nötigt der Gesamtinhalt der die Grundlage für einen ungültigen Erbvertrag bildenden Verhandlung zu der Annahme, daß die Vertragschließenden bei Kenntnis der Nichtigkeit des Erbvertrags die Geltung ihrer Vereinbarungen als testamentarischer Verfügungen gewollt haben würden, so muß der als solcher ungültige Erbvertrag als Testament aufrechterhalten werden.

§ 2275. Krüger, GrünhutsZ. **32** 428. Ist der den Vertrag Annehmende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist der Erbvertrag ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gültig, wenn im Vertrag ein Dritter bedacht ist, ohne daß der Annehmende dadurch belastet wird oder wenn der Annehmende bedacht ist, aber nur aus einem reinen (auflagefreien) Vermächtnisvertrag oder aus einem Auflagevertrag. Dagegen ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, wenn dem Annehmenden ein mit einer Auflage beschwertes Vermächtnis zugewendet, oder wenn er Vertragserbe ist.

§ 2276. 1. Abs. 1. Krüger, GrünhutsZ. **32** 431. Der § 2238 Satz 1 ist in seiner Anwendung auf den Erbvertrag so zu wenden: „Die Errichtung des Erbvertrags erfolgt in der Weise, daß die Vertragschließenden (vor) dem Richter oder dem Notar die Vertragsbestimmungen (den Vertragsinhalt) mündlich erklären oder eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergeben, daß die Schrift den Erbvertrag enthält". Hiernach ist die Form des Erbvertrags entweder nur mündlich oder nur schriftlich und im letzteren Falle ist die Schrift nur eine, d. h. eine gemeinsame Urkunde. Falls die schriftliche Form gewählt wird, dürfen die Parteien nicht getrennte Schriften, in deren jeder nur die Erklärung einer Partei steht, übergeben, und jede Mischung von mündlicher und schriftlicher Form ist ausgeschlossen. AA. Schiffner 116 ff., Dernburg 274 Anm. 7 u. zum Teil Planck § 2276 Bem. 2, übereinstimmend Proske a. a. O. 37.

2. Abs. 2. *Proske 37 ff. Ein in Verbindung mit einem Ehevertrag geschlossener Erbvertrag muß vom Erblasser persönlich abgeschlossen werden (vgl. JDR. **3** zu § 2276).

§ 2277. KGJ. **29** A 78, RJA. **5** 159, DNotV. **05** 584, ZBlFG. **6** 77, R. **05** 295 (KG.). Ist die über einen Erbvertrag vom Richter oder vom Notar aufgenommene Urkunde in die besondere amtliche Verwahrung des Gerichts gebracht worden (PrAGBGB. Art. 81), so können zwar die Vertragschließenden die Zurückgabe fordern. Die Urkunde ist aber nicht an sie selbst herauszugeben, sondern sie gelangt in die gewöhnliche Verwahrung des Gerichts oder des Notars (Art. 42 PrFGG.). Vgl. Planck, BGB. § 2277 Anm. 5 und die dortigen Zitate; Leske, Vergl. Darstellg. 1256.

§ 2278. 1. Krüger, GrünhutsZ. **32** 249. Der Erblasser kann mit seinen künftigen Erben einen Erbteilungsvertrag nicht gültig schließen. AA. Schiffner 58, wie hier Planck § 2048 Bem. 1, § 2278 Bem. 2c aE.

2. Meyer, R. **05** 11, nimmt im Gegensatze zu Eichhorn, R. **04** 597 an, daß durch einen Erbvertrag der gesetzliche Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen werden kann. Es handelt sich jedoch nach ihm hierbei um eine einseitige Verfügung.

3. OLG. **11** 255 (KG.). § 2278 findet auf die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in einem vor 1900 errichteten Erbvertrage keine Anwendung, auch wenn der Erblasser nach 1900 gestorben ist.

§ 2279. Bollenbeck, DNotV. **05** 470 ff. Ist in einem Erbvertrage oder wechselseitigen Testamente zwischen Ehegatten, in welchem der Überlebende als unbeschränkter Alleinerbe oder als Alleinerbe mit Nacherbfolge der Abkömmlinge eingesetzt wird, die Verpflichtung für den überlebenden Ehegatten aufgenommen, sich im Falle der Wiederverheiratung mit den Abkömmlingen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge auseinanderzusetzen, so sind diejenigen Abkömmlinge als bedacht anzusehen, welche zur Zeit der Wiederverheiratung neben und mit dem überlebenden Ehegatten die gesetzlichen Erben des Vorverstorbenen sein würden, wenn der Vorverstorbene zu dieser Zeit gestorben wäre.

§ 2280. KGBl. **05** 115 (KG.). Die Vermutung des § 2269 ist lediglich auf Verfügungen von Todes wegen unter Ehegatten beschränkt. Sie findet bei einem Erbvertrage zwischen Geschwistern keine Anwendung. Haben diese eine gemeinschaftliche Verfügung von Todes wegen dahin getroffen, daß jeder Erblasser den Überlebenden zum Erben einsetzt mit dem unumschränkten Verfügungsrecht unter Lebenden und von Todes wegen und mit der Maßgabe, daß für den Fall, daß und soweit der Überlebende nicht verfügt hat, nach seinem Tode das gemeinschaftliche Vermögen einem Dritten zufallen soll, so ist die Anordnung dahin aufzufassen, daß der Überlebende der ausschließliche Erbe und der Dritte nur dessen Erbe sein soll.

§ 2295. *Proske a. a. O. Die Verbindung des Erbvertrags mit dem ihm zugrunde liegenden obligatorischen Vertrag ist ein juristisches Sondergebilde. Es ist ein gegenseitiger Vertrag gemischten, auf der einen Seite erbrechtlichen, auf der anderen Seite obligatorischen Inhalts. Das BGB. regelt dieses Rechtsgeschäft nicht näher. Die Praxis wird sich mit den §§ 2281, 2295 behelfen müssen. ➵ Dies ist eine Änderung der über diesen Punkt in der fraglichen Schrift entwickelten Ansicht. Diese Ansicht dürfte bis jetzt noch nicht ausgesprochen sein ⇠ (20/21).

§ 2298. 1. *Proske a. a. O. a) Ein gegenseitiger Erbvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag im allgemeinen Sinne. Durch seinen erbrechtlichen Inhalt nimmt er aber eine Sonderstellung ein. Er ist von den gegenseitigen obligatorischen Verträgen zu unterscheiden. Beim gegenseitigen Erbvertrage wären gewissermaßen Leistung und Gegenleistung in der Vornahme der beiderseitigen Verfügungen zu erblicken. Es ist ein gegenseitiger Vertrag erbrechtlichen Inhalts. — Dasselbe gilt für das korrespektive gemeinschaftliche Testament. — b) Die Ausschlagung in Satz 3 Abs. 2 betrifft nur die vertragsmäßigen Verfügungen, nicht auch die „im" Vertrage mitenthaltenen einseitigen Verfügungen (46). — c) Satz 3 Abs. 2 ist — ebenso wie § 2271 Abs. 2 Satz 1 — „zwingend" (gegen Ritgen-Planck, BGB. § 2298 Ziff. 4) (50). — d) Der Abs. 3 hat nur die Bedeutung, eine Auslegungsregel dahin zu begründen, daß bei einem gemeinschaftlichen Erbvertrage im Zweifel alle vertragsmäßigen Verfügungen unter sich korrespektiv sind (50, 51, 42).

2. Francke, BayRpflZ. **05** 237. Sind in einem Erbvertrage von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so hat die Nichtigkeit einer dieser Verfügungen, sie mag von Anfang an bestanden haben oder erst durch Anfechtung herbeigeführt sein, nach § 2298 Abs. 1 und 3 die Unwirksamkeit des Vertrags insoweit zur Folge, als nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist.

§ 2300. 1. **RG.** RIA. 5 30, ZBlFG. **5** 591, R. **05** 119 vgl. bereits IDR. **1** zu § 2300 Ziff. 1.

2. **RG.** RIA. 5 34, ZBlFG. **5** 594, R. **05** 120, vgl. bereits IDR. **2** zu § 2300 Ziff. 2.

3. R. **05** 648 (BayObLG.). Die in einem Ehe- und Erbvertrag über den dereinstigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten getroffenen Verfügungen sind, soweit sie sich sondern lassen, erst nach dessen Tode zu verkünden.

Fünfter Abschnitt. Pflichtteil.

Vorbemerkung: Erschöpfende Behandlung hat im Berichtsjahr das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils durch die lehrreiche Abhandlung Hahns gefunden. Die Rechtsprechung, namentlich die des KG., hat sich nur mit Einzelfragen beschäftigt. Die grundlegende Entscheidung des RG. über den Beginn der Ausschlagungsfrist für den pflichtteilsberechtigten Nacherben ist bereits im vorigen Jahrgang mitgeteilt worden. Die Ansicht des RG. dürfte übrigens nicht zu billigen sein.

Literatur: Hahn, Das Recht auf Ergänzung des Pflichtteils nach dem BGB., unter Berücksichtigung der gemeinrechtlichen querela inofficiosae donationis sive dotis. (Berlin 1905.) — Schwerin, Das Pflichtteilsrecht des BGB., JustdRundsch. **05** 4.

§ 2303. 1. R. **05** 648 (Jena). Ist ein Pflichtteilsanspruch bei der Nachlaßverhandlung nur dem Grunde nach anerkannt worden, so ist damit nach §§ 208, 2332 die dreijährige Verjährungsfrist unterbrochen, da eine Anerkennung des Anspruchs auch dem Betrage nach hierzu nicht noch erforderlich ist. Das Urteil des **RG. 57** 372 (vgl. IDR. **3** Ziff. 1 zu § 209 BGB.) spricht nicht dagegen, weil es sich dort um Einklagung, hier um Anerkennung handelt.

2. SchlHolstAnz. **05** 225 (Kiel). Eine Erbeinsetzung mit Beschränkung auf den Nießbrauch des Erbteils ist keine Ausschließung von der Erbfolge. — Unter Erbteil ist die Erbquote ohne Rücksicht auf die Beschränkung durch eine Nacherbfolge zu verstehen.

3. KGJ. **29** A 202 (KG.) Zur Begründung des Pflichtteilsanspruchs genügt der Nachweis der Verletzung im Pflichtteile. Anrechnungen auf den Pflichtteil (§ 2315 BGB.) sind vom Erben zu behaupten und zu beweisen.

4. OLG. **11** 258 (KG.). Der Pflichtteil der Abkömmlinge wird bei Konkurrenz des überlebenden märkischen Ehegatten unter Zugrundelegung ihres gesetzlichen Erbrechts nach dem BGB. berechnet (vgl. hiergegen OLG. 5 180).

5. OLG. **11** 257 (KG.). Das Pflichtteilsrecht der zweiten Ehefrau des unter neuem Rechte verstorbenen Erblassers wird, da direkt auf dem Gesetze beruhend, durch ein unter altem Rechte mit der ersten Frau gültig errichtetes gemeinschaftliches Testament, das dem gedachten Pflichtteilsrechte inhaltlich entgegensteht, nicht unwirksam gemacht (Art. 214³ EGBGB.).

§ 2304. ZBlFG. **5** 722 (Dresden). Bezeichnet der Erblasser den Bedachten bei der Zuwendung des Pflichtteils ausdrücklich als Erben, so fehlt es an einem Zweifel, der Platz für die Anwendung der Auslegungsregel des § 2304 BGB. böte.

§ 2306. 1. **RG.** JW. **05** 146, DNotV. **05** 286, PosMSchr. **05** 29, Pfälz. Rpr. **2** 17, BayRpflZ. **05** 106, R. **05** 136, JustdRundsch. **05** 51 betr. Beginn

der Ausschlagungsfrist für den pflichtteilsberechtigten Nacherben, vgl. bereits JDR. 3 zu § 2306.

2. OLG. 11 262 (KG.). Sowohl unter „gesetzlichem Erbrecht" als unter „hinterlassenem Erbteil" ist ein Bruchteil des Nachlasses zu verstehen, und es entscheidet sich die Frage, ob ein Fall des Satz 1 oder ein Fall des Satz 2 vorliegt, lediglich nach der Höhe dieser Bruchteile.

3. R. 05 314 (Breslau). Wenn der Beklagte im Falle des § 2306 Satz 2 das Pflichtteilsrecht des Klägers anerkennt und nur Streit über die Höhe ist, ist nicht erforderlich, daß der Kläger behauptet, den Erbteil ausgeschlagen zu haben.

4. OLG. 11 261 (KG.). Ist der Pflichtteilsberechtigte zu einem Bruchteil als Nacherbe eingesetzt, so kommt es für die Frage, ob der ihm hinterlassene Nacherbteil größer ist als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils, nicht darauf an, ob bei der schließlichen Auskehrung des hinterlassenen Nacherbteils der auf den Nacherben gelangende Nachlaßteil feststehendermaßen oder auch nur voraussichtlich einen höheren Wert haben wird, als der der Hälfte des nach dem Stande der Nachlaßmasse zur Zeit des Todes des Erblassers zu berechnenden gesetzlichen Erbteils. Maßgebend ist vielmehr, ob die dem Nacherben hinterlassene Quote des Nachlasses höher als $1/_2$ des gesetzlichen Erbteils ist. Nicht in Betracht zu ziehen ist, ob und welche Veränderungen der Stand der Nachlaßmasse bis zum Eintritte der Nacherbfolge erfahren könnte. Insbesondere ist im Gesetze keinerlei Unterschied nach der Richtung gemacht, ob nach dem Testamente dem als Vorerben Eingesetzten nur die Rechte eines gewöhnlichen Vorerben oder die eines Vorerben mit freier Verfügungsbefugnis, die zur Folge hat, daß der Nacherbe beim Eintritte der Nacherbfolge nur den Überrest des Nachlasses verlangt, zustehen sollen. Die dem Nacherben hinterlassene Quote bleibt als solche die gleiche, auch wenn der Umfang des Nachlasses sich bis zum Eintritte der Nacherbfolge verringert.

§ 2307. 1. KGJ. 29 A 201 (KG.). Ist einem Pflichtteilsberechtigten ein den Pflichtteil nicht erschöpfendes Vermächtnis hinterlassen, so ist zur Forderung des Pflichtteils nicht das Testament anzufechten, sondern das Vermächnis entweder auszuschlagen oder unter Aufrechterhaltung der im § 2306 bezeichneten Beschränkungen und Beschwerungen auf den Pflichtteil anzurechnen.

2. R. 05 619 (Colmar). a) Ein mit einem Vermächtnisse bedachter Pflichtteilsberechtigter hat nicht bloß die Wahl, ob er lediglich das Vermächtnis annehmen oder unter dessen Ausschlagung den Pflichtteil verlangen will, sondern es steht ihm noch eine dritte Möglichkeit offen, nämlich: das Vermächtnis zwar anzunehmen, aber auf einen etwaigen Mehrwert des Pflichtteils nicht zu verzichten, vielmehr den Pflichtteil mit der Maßgabe zu verlangen, daß das Vermächtnis auf ihn angerechnet werde. — b) Die in einem Testament enthaltene Androhung, daß dasjenige der Kinder des Erblassers, welches das Testament anfechten würde, auf den gesetzlichen Pflichtteil beschränkt werden solle, trifft nicht denjenigen Vermächtnisnehmer, der in Ausübung des ihm nach § 2307 BGB. zustehenden Rechtes auch den unter a) bezeichneten Mehrwert des Pflichtteils verlangt.

§ 2309. v. Schwerin, JustdRundsch. 05 4. Jedem Pflichtteilsanspruche muß ein gesetzliches Erbrecht zugrunde liegen. Bei dem Vorhandensein nur eines mit Recht seines Pflichtteils beraubten Abkömmlinges schlägt § 2309 für die Eltern des Erblassers durch, beim Vorhandensein eines pflichtteilsberechtigten und eines pflichtteilsberaubten Abkömmlinges dagegen nicht.

§ 2310. v. Schwerin a. a. O. 5. Eine nach § 2310 BGB. mitzuzählende Person ist dann nicht mitzuzählen, wenn ihr Wegfall zum Eintritt anderer Personen führt und deren Pflichtteil zu berechnen ist.

§ 2313. v. Schwerin a. a. O. 4. Eine dem Erblasser angefallene, von ihm noch nicht angenommene und daher noch als Ganzes zum Nachlasse gehörige Erbschaft oder ein Vermächtnis in dieser Rechtslage ist mit in Ansatz zu bringen.

§ 2314. 1. OLG. **11** 258 (KG.). Der zu einem Bruchteil als Nacherbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte kann vom Erben die Beeidigung des Nachlaßinventars nur dann verlangen, falls er von dem Rechte Gebrauch macht, die Nacherbschaft, wenn der ihm hinterlassene Nacherbteil quotal größer als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils ist, auszuschlagen, falls er also nicht Erbe wird.

2. OLG. **11** 264, HansGZ. **05** Beibl. 82 (Hamburg). Das vom Erben dem Pflichtteilsberechtigten nach §§ 2314, 260 BGB. vorzulegende Nachlaßverzeichnis braucht nicht unterschrieben zu sein, auch nur im Falle des § 260 Abs. 2 mit dem Offenbarungseide bestärkt zu werden; § 2006 BGB. ist nicht anwendbar.

3. SchlHolstAnz. **05** 262 (Kiel). Der Erbe ist nicht verpflichtet, über die Ausstattung oder Zuwendungen, die andere Erben oder Pflichtteilsberechtigte bei Lebzeiten des Erblassers erhalten haben, Auskunft zu geben.

§ 2315. 1. v. Schwerin a. a. O. a) 17 ff. Auch Zuwendungen, zu deren Gewährung der Erblasser rechtlich verpflichtet war, sind zur Anrechnung zu bringen, wenn die Anrechnung zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten vereinbart war. — b) 35 ff. Beim Vorhandensein mehrerer Pflichtteilsberechtigter, von denen einer eine Zuwendung zur Anrechnung zu bringen hat, ist nicht der Pflichtteil aller, sondern nur derjenige des Anrechnungspflichtigen von dem durch die zugerechnete Zuwendung vermehrten Nachlasse zu berechnen. Haben mehrere oder jeder eine Zuwendung zur Anrechnung zu bringen, so werden nicht diese sämtlichen Zuwendungen dem Nachlaß auf einmal zugerechnet und von dem so vermehrten Nachlaß die einzelnen Pflichtteile bestimmt, sondern es findet für jeden Pflichtteilsberechtigten eine gesonderte Berechnung bei Hinzuzählung seines Vorausempfanges statt (vgl. JDR. **1** zu § 2315 Ziff. 2).

2. KGJ. **29** A 202 (KG.). Zuwendungen unter Lebenden sind auf den Pflichtteil nur dann anzurechnen, wenn dies bei der Zuwendung bestimmt ist. Die nachträgliche Anordnung im Testamente genügt nicht. Auch sind nur unentgeltliche Zuwendungen anrechnungsfähig.

3. Vgl. o. zu § 2303 Ziff. 3.

§ 2316. 1. v. Schwerin a. a. O. 17 ff. Bei Feststellung des für die Pflichtteilsberechnung maßgebenden Erbteils sind alle für die Ausgleichung gegebenen Bestimmungen, insbesondere § 2056 BGB., zu berücksichtigen.

2. OLG. **11** 234 (KG.). Von dem Grundsatze des § 2056 findet auch bei der Pflichtteilsklage keine Ausnahme statt. Einer Anziehung des § 2056 im § 2316 bedurfte es nicht, da im § 2316 lediglich die Berechnung des Pflichtteils geordnet ist.

§ 2325. 1. *Hahn a. a. O. a) Für den sog. ordentlichen Pflichtteil erscheint der Ausdruck „Nachlaßpflichtteil", für den Ergänzungsanspruch die Bezeichnung „Schenkungspflichtteil" angebracht (107, 108). — b) Auch solche Schenkungen sind einrechnungspflichtig, die dadurch bewirkt werden, daß der Erblasser zu seinen Lebzeiten jemanden durch alteri stipulari (§§ 328 ff. BGB.) ein Recht auf Leistung verschafft. Aber auch hier ist an der Vertragsnatur der Schenkung streng festzuhalten. Zum Zustandekommen der Schenkung ist daher neben dem Vertrage zwischen Stipulanten und Versprechenden noch die Schenkungsvereinbarung zwischen Stipulanten und Dritten erforderlich. Letztere kann auch stillschweigend durch bloße Annahme der Leistung als betätigt angesehen werden. Zugewendet ist das Recht auf die Leistung (19, 20). Die im § 331 BGB. geregelten Verträge auf Leistung an einen Dritten, bei welchen der Dritte

das „Recht auf Leistung" erst mit dem Tode des Versprechensempfängers erwirbt (das gemeinrechtliche fideicommissum a debitore relictum), können den Effekt einer einrechnungspflichtigen Schenkung haben. Solche Schenkungen sind als lebzeitige Schenkungen und nicht als Verfügungen von Todes wegen zu behandeln. Für sie kommen daher die §§ 2325 ff. ebenfalls zur Anwendung (Hellwig dagegen sieht in seinen „Verträgen auf Leistung an Dritte" solche Schenkung weder als reines Vermächtnis noch als reine Schenkung an, 355, 387) (25, 26, 27). — c) „Zeit der Leistung." Bei Schenkungen, die durch alteri stipulari (§§ 328 ff. BGB.) bewirkt werden, gilt als Zeit der Leistung der Augenblick, wo der Dritte das Recht auf die ihm seitens des Versprechenden zu gewährende Leistung und zwar als Geschenk erwirbt. Entscheidend ist also der Zeitpunkt der Schenkungsvereinbarung zwischen dem Zuwendenden und dem Dritten, falls das alteri stipulari dieser Vereinbarung vorausging (37 ff.). Wird die Schenkungsvereinbarung schon vor dem alteri stipulari getroffen, so ist maßgebender Zeitpunkt der Augenblick, in welchem die Verpflichtung des Versprechenden entsteht, also bei Schenkungen, die nach Maßgabe des § 331 bewirkt sind, der Zeitpunkt des Erbfalls (37, 38). — d) „Ergänzungsberechtigte" sind alle zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten, gleichviel, ob sie im konkreten Falle von der Erbfolge ausgeschlossen oder, sei es kraft Gesetzes oder infolge Einsetzung, als Erben berufen sind (49, 50, 51). — e) „Zeit der Schenkung." Bei Schenkungsversprechen ist als Zeit der Schenkung der Augenblick anzusehen, wo der Anspruch auf Leistung des versprochenen Gegenstandes fällig wird, also z. B. mit Eintritt der Suspensivbedingung und mit Eintritt des gesetzten Termins (74, 75). — Bei den durch alteri stipulari bewirkten Schenkungen (§§ 328 ff. BGB.) kommt der Augenblick in Betracht, in welchem der Dritte das „Recht auf Leistung" als Geschenk erwirbt (80). — f) „Wertberechnung." Ist eine vom Erblasser verschenkte nicht verbrauchbare Sache oder ein von ihm verschenktes Recht zur Zeit des Erbfalls noch in den Händen eines ursprünglich oder ferneren (§ 822 BGB.) Beschenkten, so kommt der Wert dieses Gegenstandes zur Zeit des Erbfalls in Ansatz, sofern er zur Zeit der Schenkung nicht ein geringerer war. Ist jedoch der geschenkte Gegenstand aus den Händen dieser Beschenkten in die eines Dritten gekommen, der für den Ergänzungsanspruch als verpflichtete Person nicht in Betracht kommen kann, — also für den Fall der Weiterveräußerung, des Tausches, nicht aber der Weiterverschenkung —, so wird der Wert desselben zu der Zeit, wo er aus dem Vermögen des Beschenkten kommt, festzuhalten sein (78, 79). Hat der Beschenkte infolge Unterganges oder Verschlechterung des geschenkten Gegenstandes einen Ersatzanspruch erworben, so ist dessen Wert zu berücksichtigen (80). — g) Aus der Verschiedenheit der Zeitgrenzen im § 2325 Abs. 3 und im § 3 Ziff. 3 und § 4 AnfG. wie § 22 Ziff. 1 und § 2 KO. ist die Möglichkeit gegeben, daß die Pflichtteilsberechtigten wegen ihres Ergänzungsanspruchs befriedigt werden, die Nachlaßgläubiger aber wegen ihrer Forderungen ganz oder teilweise unbefriedigt bleiben können (84, 85, 86).

2. v. Schwerin a. a. O. 49 ff. a) Ihrer rechtlichen Natur nach stellt sich die Ergänzung des Pflichtteils, insoweit sie der Pflichtteilsberechtigte von dem Erben verlangen kann, als eine Erweiterung des Pflichtteilsanspruchs, insoweit er sie vom Beschenkten zu fordern berechtigt ist, als ein Bereicherungsanspruch dar. — b) Bei der Wertsverminderung einer Sache zwischen dem Zeitpunkte der Schenkung und dem Erbfall oder beim vollständigen Untergang derselben ist der Schaden von dem Pflichtteilsberechtigten zu tragen.

3. *Weißler, DNotV. **05** 497. (S. a. o. zu § 80 Ziff. 4.) Die Pflichtteilsergänzungsklage versagt gegenüber einer Familienstiftung des Erblassers, weil

keine Schenkung vorliegt. Durch Familienstiftung kann somit die Versorgung der Witwe gegenüber den Pflichtteilsansprüchen der Kinder sichergestellt werden.

4. Dernburg 325. Stiftungen und Familienfideikommisse sind nach Analogie der Schenkungen zu behandeln. Hieran kann auch nichts ändern, wenn die Pflichtteilsberechtigten von den Stiftungen Nutzen zu erwarten haben; denn sie können verlangen, daß ihnen ihr Pflichtteil ohne ihre Zustimmung, wie es zur Zeit des Erbfalls war, ungeschmälert zuteil wird (vgl. JDR. 3 zu § 2325 Ziff. 6).

5. RG. GruchotsBeitr. **49** 968, JW. **05** 132, PosMSchr. **05** 69, DNotV. **05** 488. Die nach dem Güterstande des märkischen Provinzialrechts erbende Witwe kann nicht den Anspruch aus § 2325 auf Ergänzung des Pflichtteils wegen Schenkung erheben (vgl. JDR. 3 zu § 2325 Ziff. 3).

6. RG. GruchotsBeitr. **48** 989, DNotV. **05** 87, R. **05** 109 vgl. bereits JDR. 3 zu § 2325 Ziff. 1.

§ 2326. *Hahn a. a. O. Da auf den Gesamtpflichtteil alle Bestimmungen des sog. odentlichen Pflichtteils anzuwenden sind, falls nicht für die Ergänzung im Gesetze selbst besondere Vorschriften aufgestellt sind, erscheint die Bestimmung des § 2326 überflüssig. Aus der entsprechenden Anwendung des § 2305 auf den Gesamtpflichtteil ergibt sich schon dasselbe (54, 55). — Wie §§ 2305, 2306 findet auch § 2307 auf den Gesamtpflichtteil entsprechende Anwendung. Maßgebend für den Beginn der Ausschlagungsfrist aus § 2307 ist die Kenntnis von den Beschwerungen, nicht auch von der Höhe des Pflichtteilsanspruchs (56, 57). — Erfährt der Pflichtteilsberechtigte erst nach der Annahme des beschwerten oder beschränkten Erbteils oder Vermächtnisses von der den Ergänzungsanspruch begründenden Schenkung, so kann er seine Annahmeerklärung nicht nachträglich anfechten (57, 58). — Infolge der Bestimmung des § 2309 kann der Ergänzungsanspruch auch jemandem zustehen, für den von vornherein der Anspruch auf den ordentlichen Pflichtteil ausgeschlossen ist (60—62). Staudingers entgegenstehende Ansicht (im § 2326 Note 3) ist unrichtig, da sie auf falschen Voraussetzungen beruht.

§ 2327. 1. *Hahn a. a. O. a) Hat der Erblasser bei der Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten deren Anrechnung auf den Pflichtteil nicht angeordnet oder ausdrücklich ausgeschlossen, so ist dieses Geschenk in gleicher Weise wie die dem Dritten gemachte dem Nachlasse hinzuzurechnen. Für die Wertberechnung gilt § 2325 Abs. 2; außer Betracht bleiben die außerhalb der zehnjährigen Zeitgrenze des § 2325 liegenden, die sog. Pflicht- und Anstandsschenkungen des § 2330 (86, 87, 88). — b) Ein nach § 2315 anzurechnendes Geschenk kommt in Ansatz mit dem Werte zur Zeit der Zuwendung gemäß § 2315; es stellt sich nicht als reine Schenkung, sondern als vorempfangenes Erbe dar. „Zeit der Zuwendung“ ist „Zeit der Leistung“. Die zehnjährige Zeitgrenze hat hier keine Bedeutung (89).

2. v. Schwerin a. a. O. 84ff. Die Frist des § 2325 Abs. 3 kommt für Schenkungen an den Pflichtteilsberechtigten selbst nicht in Anwendung, so daß eine derartige Schenkung ohne jede Rücksicht auf den Zeitpunkt zur Anrechnung zu bringen ist.

3. *Jacke, Die Haftung des Stifters und seines Erben 29ff. Ist der Pflichtteilsberechtigte durch die ohne seine Zustimmung erfolgte Errichtung einer Stiftung seitens des Erblassers in seinem Pflichtteile verkürzt, so braucht er sich auf seinen Pflichtteil nicht den Wert der Vorteile anrechnen zu lassen, die er aus der von dem Erblasser errichteten Stiftung bezieht.

§ 2329. *Hahn a. a. O. a) Ist der Beschenkte ein Pflichtteilsberechtigter, der nicht als Erbe eingesetzt oder nur mit einem Vermächtnis seitens des

Erblassers bedacht ist, so kann er den sog. ordentlichen Pflichtteil bzw. das zu dessen Deckung Fehlende (§ 2307) nur aus dem Nachlasse von den Erben gemäß § 2303 fordern. Wird ihm gegenüber wegen der ihm oder einem anderen zugewandten Schenkung das Ergänzungsrecht von einem anderen Pflichtteilsberechtigten geltend gemacht, so kann er die Herausgabe des Geschenks bzw. der Bereicherung insoweit verweigern, als dadurch sein eigener Ergänzungspflichtteil oder das daran Fehlende gedeckt wird (67, 68). — b) Die Haftung des in zweiter oder dritter Linie verpflichteten Beschenkten hängt nicht davon ab, daß der Ergänzungsberechtigte die vorgehenden Beschenkten ihrer Haftung entsprechend voll in Anspruch genommen hat (69, 70). — c) „Fehlender Betrag" ist für jeden einzelnen ergänzungspflichtigen Beschenkten der Betrag des Ergänzungsanspruchs, den die ihm der Reihe nach vorgehenden Ergänzungspflichtigen zu decken nicht verpflichtet sind (70). — d) Sind mehrere Geschenke an verschiedene „gleichzeitig" (71, 74) gemacht, so haften letztere pro rata, entsprechend dem Werte der bei ihnen noch vorhandenen Bereicherungen (71). — e) Hat der vom Erblasser Beschenkte die Schenkung ganz oder teilweise weiter an einen Dritten verschenkt, so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des ursprünglich Beschenkten zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist, der Dritte zur Herausgabe verpflichtet (§ 822 BGB.), aber nur subsidiär nach, nicht anteilig neben seinem Schenker (72, 73).

§ 2331. Abs. 2. *Hahn a. a. O. 40 ff. „Zuwendungen aus dem Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft": Aus der entsprechenden Anwendung des Abs. 1 ergeben sich folgende Sätze: a) Ist der Beschenkte ein Fremder, so gilt die Schenkung als zur Hälfte von dem überlebenden Ehegatten und zur anderen Hälfte von den Abkömmlingen gemacht. — b) Ist der Beschenkte ein Abkömmling, der nur vom überlebenden Ehegatten abstammt, oder hat der überlebende Ehegatte wegen der von ihm gemachten Zuwendung Ersatz zu leisten, so gelten diese Zuwendungen als von ihm allein gemacht. — c) Ist der Beschenkte eine Person, von der die sämtlichen anteilsberechtigten Abkömmlinge abstammen, nicht aber der überlebende Ehegatte, so gilt sie als allein von den Abkömmlingen zusammen gemacht. — d) Ist der Beschenkte ein Abkömmling eines anteilsberechtigten Abkömmlings, so gelten als Schenker der einen Hälfte der überlebende Ehegatte, zur anderen Hälfte die anteilsberechtigten Abkömmlinge, und zwar im Verhältnis der letzteren zueinander (gemäß dem Prinzipe des § 2331 Abs. 1 Satz 2) allein der anteilsberechtigte Abkömmling, von dem der Beschenkte abstammt. — e) Ist der Beschenkte eine Person, von welcher der überlebende Ehegatte allein abstammt, so ist der überlebende Ehegatte allein als Schenker anzusehen.

§ 2332. **R. 05** 682 (Kiel). Die kurze Verjährungsfrist des § 2332 findet nur Anwendung auf den gemäß § 2303 durch Ausschluß eines gesetzlichen Erben von der Erbschaft entstehenden Pflichtteilsanspruch, nicht aber in dem Falle, wenn dem Pflichtteilsberechtigten der ihm gebührende Pflichtteil testamentarisch hinterlassen ist (übereinstimmend Strohal 457 Anm. 9, Dernburg 338 Anm. 4).

§ 2333. v. Schwerin a. a. O. 114 ff. Zu Ziff. 1. Nicht notwendig ist ein Mord- oder Totschlagsversuch im Sinne des StGB. Es genügt die Vornahme einer Handlung, welche darauf gerichtet ist, allein oder in Verbindung mit anderen Handlungen und Umständen dem Erblasser, Ehegatten oder Abkömmling das Leben zu nehmen und diese Absicht erkennen läßt. Die Teilnahme an einer solchen Handlung als Anstifter, Gehilfe oder Mittäter steht der Alleintäterschaft gleich. — Zu Ziff. 2. Mißhandlung liegt nur vor, wenn die fragliche Handlung eine Störung des leiblichen Wohlbefindens hervorgerufen hat und sich als pietätlos, mindestens als respektwidrig darstellt. Mißhandlung in Notwehr bildet keinen Entziehungsgrund (übereinstimmend PfälzRpr. **2** 51 [Zweibrücken]). — Zu Ziff. 4. Böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht liegt nur

vor, wenn der Abkömmling sämtliche seine Verpflichtung begründenden Umstände kennt.

Sechster Abschnitt. Erbunwürdigkeit.

§ 2339. Nr. 2. R. **05** 136 (Stuttgart). Der Tatbestand der Nr. 2 ist dann nicht erfüllt, wenn dem Erblasser, der an der beabsichtigten Vernichtung der Testamentsurkunde durch deren Vorenthaltung gehindert wurde, noch andere Wege, die letztwillige Verfügung aufzuheben, offen standen, ohne daß er sie benutzt hat, vielmehr erst dann, wenn ihm jede nach den Umständen des Falles tatsächlich zu Gebote stehende Möglichkeit der Aufhebung abgeschnitten worden ist.

§ 2340. Dernburg 28 Anm. 3. Vor erfolgter Anfechtung kann dem Erbunwürdigen ein Erbschein nicht verweigert werden. Ist die Erbunwürdigkeit notorisch, ist z. B. der Erbe wegen Ermordung des Erblassers rechtskräftig verurteilt, so ist diese Tatsache im Erbscheine zu vermerken. Abgesehen von diesem Falle muß der Anfechtungsberechtigte beim Prozeßgericht eine einstweilige Verfügung erwirken, wonach die Ausstellung des Erbscheins zugunsten des angeblich Unwürdigen inhibiert wird.

Siebenter Abschnitt. Erbverzicht.

§ 2346. 1. Dernburg 289. Ein Erbverzicht und ein etwa geschlossener Abfindungsvertrag sind im Zweifel als gegenseitig bedingt zu erachten. AA. Planck Vorbem. zum 7. Abschn.

2. Bollenbeck, DNotV. **05** 462 ff. In dem Abschluß eines Erbvertrags zwischen Ehegatten, in welchem das Erbrecht des Überlebenden in einer von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Weise geregelt ist, ist ein Verzicht des Überlebenden auf sein gesetzliches Erbrecht und sein Pflichtteilsrecht zu erblicken.

§ 2348. *Weegmann, WürttZ. **05** 228. Der Verzichtsvertrag auf die dem überlebenden Gatten nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtlichen Wirkung des Güterstandes der württ. landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor dem 1. 1. 00 in Württemberg geschlossenen Vertrags zustehende statutarische Nutznießung, welcher mit dem Erblasser geschlossen wird, unterliegt der Form des § 2348, da die statutarische Nutznießung als erbenrechtliche Wirkung des ehelichen Güterstandes als Bestandteil des Gattenerbrechts eine Erwerbung von Todes wegen ist.

Achter Abschnitt. Erbschein.

Vorbemerkung: Die literarischen Erzeugnisse sind minder zahlreich und wichtig als in den Vorjahren. Von Bedeutung sind einige Entscheidungen, namentlich die zu § 2357 mitgeteilten des KG. und BayObLG. — Einfluß der Übertragung eines Miterbenanteils auf den Erbschein — und die zu § 2361 mitgeteilte RG.Entscheidung — Einziehung eines Erbscheins im Beschwerdeverfahren. —

§ 2353. I. Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins. 1. OLG. **11** 271, KGJ. **30** A 98 (KG.). Es ist unzulässig, daß der Antragsteller dem Nachlaßgerichte die Wahl überläßt, ob der Erbschein auf Grund einer letztwilligen Verfügung oder des gesetzlichen Erbrechts erteilt werden soll.

2. KGJ. **30** A 73 (KG.). Da auch die Beerbung in Ausfluß des Güterrechts ein Erbrecht ist, so ist über sie ein Erbschein zu erteilen.

3. OLG. **11** 270 (KG.). Ein Erbschein kann bei fortgesetzter Gütergemeinschaft schon deshalb erteilt werden, weil das etwa außerhalb der Gütergemeinschaft vorhandene Vermögen den erbrechtlichen Grundsätzen unterliegt; eines Nachweises für das Vorhandensein solchen Vermögens bedarf es nicht.

4. OLG. **11** 266 (KG.). Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind die anteilsberechtigten Abkömmlinge in Ansehung ihres Anteils am gemeinschaftlichen Vermögen nicht Erben im Sinne der §§ 1922 ff. Sie haben insoweit nicht die rechtliche Stellung der Erben und können deshalb auch keinen Erbschein erhalten.

5. R. **05** 619 (BayObLG.). Die in einem Ehe- und Erbvertrage getroffene Bestimmung, daß bei beerbter Ehe der überlebende Ehegatte gegen Auszeigung des Vater- oder Mutterguts den gesamten Nachlaß allein eigentümlich erwerben kann, berechtigt ihn nach erfolgter Auszeigung nicht zu dem Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, daß er Alleinerbe geworden sei.

6. SeuffBl. **05** 122, R. **05** 18, ZBlFG. **5** 568 (BayObLG.). Ist in einem die allgemeine Gütergemeinschaft einführenden Ehe- und Erbvertrage bestimmt, daß für den Fall des Vorablebens des einen Eheteils der andere den gemeinschaftlichen Kindern die Hälfte des reinen beiderseitigen Vermögens als Vater- oder Muttergut in barem Gelde auszuzeigen hat und Alleinerbe des gesamten Rücklaßvermögens des vorverstorbenen Gatten werden soll, so kann der überlebende Gatte die Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbe beanspruchen.

II. Inhalt des Erbscheins. 1. KGJ. **29** A 65, RJA. **5** 163, ZBlFG. **6** 80, DNotV. **05** 591 (KG.). Der Erbschein hat nur die in den §§ 2353, 2357, 2363, 2364 vorgesehenen Angaben, dagegen keine Begründung und namentlich nichts zu enthalten, was Zweifel an der Richtigkeit jener Angaben hervorrufen kann. Enthält der Erbschein Überflüssiges, so ist der Erbe und bei einem gemeinschaftlichen Erbscheine jeder Miterbe beschwerdeberechtigt, wenn sein Recht durch den überflüssigen Inhalt beeinträchtigt wird (vgl. JDR. **1** III 1—6, **2** III 1—6, Eichhorn, GruchotsBeitr. **45** 249, Märcker, Nachlaßbehandl. (17) 355 D, Rausnitz, FGG. § 84 Anm. 25, Leske, Vergl. Darst. § 297 Nr. VI Anm. 4).

2. PosMSchr. **05** 70, DNotV. **05** 590 (KG.). Eine erläuternde Angabe, daß sich die Erben auf Grund eines näher bezeichneten Testaments als Erben ausgewiesen haben, gehört nicht in den Erbschein. Der Erbe kann sich gegen die Aufnahme eines solchen Zusatzes dann beschweren, wenn sein Recht dadurch beeinträchtigt wird, z. B. wenn in Wirklichkeit ein anderes Testament als das bezeichnete maßgebend ist.

3. OLG. **10** 314, KGJ. **29** A 76, RJA. **5** 156, DNotV. **05** 591, ZBlFG. **6** 75, R. **05** 294 (KG.). Im Erbschein ist ein Zusatz, den der Erblasser zeitweilig zur Unterscheidung von gleichnamigen Personen gebraucht hat, nicht zu berücksichtigen. Denn zur Feststellung der Identität des Verstorbenen gehört nicht der Umstand, daß der Erblasser sich früher eines Zusatzes zu seinem Namen bedient hat. Wenn der Erblasser dagegen außer den aus Personenstandsurkunden sich ergebenden Namen noch andere Namen allgemein und nicht nur in vereinzelten Fällen zu seiner Personenbezeichnung in einer Weise geführt hat, daß sie für die Feststellung seiner Identität als Erblasser im rechtsgeschäftlichen Verkehre von Erheblichkeit sind, so müssen diese Namen im Erbschein angegeben werden.

§ 2354. Zu Abs. 1 Ziff. 3. 1. *Matthiessen, ZBlFG. **6** 388. Die Angabe des Antragstellers, daß „seines Wissens" nähere Erben nicht vorhanden seien, reicht nicht aus. Besteht Anhalt dafür, daß nähere Erben, wenngleich sie dem Antragsteller unbekannt sind, doch vorhanden sein könnten, so hat der Antragsteller dies zum Ausdrucke zu bringen. Anderenfalls kann er die eidesstattliche Versicherung nach § 2356 Abs. 2 nicht gewissenhaft abgeben.

2. OLG. **11** 270 (KG.). Stehen erbrechtliche Wirkungen altrechtlicher Güterstände in Frage, so haben sich die zwecks Erteilung des Erbscheins zu machenden Angaben auch auf Güterstandsangelegenheiten (Ehevertrag) zu erstrecken.

3. LG. Heidelberg, BadRpr. **05** 108. Miterben, die nach dem Erbfalle gestorben sind, zählen zu den nach § 2354 Ziff. 3 zu benennenden Personen, welche vorhanden sind und durch ihr Vorhandensein in Wirklichkeit einen Einfluß auf Erbrecht und Größe des Erbteils ausüben.

4. LG. Darmstadt, HessRspr. 5 173. Auch der Gläubiger, der einen Erbschein zum Zwecke der Zwangsvollstreckung gemäß § 792 ZPO. verlangt, muß die im § 2354 geforderten Angaben durch öffentliche Urkunden belegen und die im § 2356 verlangte eidesstattliche Versicherung abgeben. Die Bezugnahme auf die Sterbefallsanzeige genügt nicht.

§ 2356. I. Abs. 1. 1. DNotV. **05** 588 (Colmar). Der Beweis der ehelichen Abstammung wird durch die Geburtsurkunde geführt; der Heiratsurkunde bedarf es dazu nicht (so auch Planck Bem. 1bβ zu § 2356; aA. Weißler, Nachlaßverfahr. 212; Märcker, Nachlaßbeh. 334, Sartorius, PStG. Bem. 5 zu § 22).

2. ElsLothNotZ. **05** 222 (Colmar). Zum Nachweise des Erbrechts des Kindes gegenüber der Mutter bedarf es einer Heiratsurkunde nicht, da dies Erbrecht auch dem unehelichen Kinde zusteht.

II. Abs. 2. 1. *Beßler, BadNotZ. **05** 113 ff. Die eidesstattliche Versicherung soll lediglich der Ausdruck des Wissens oder Nichtwissens des Erben sein, daher ist eine Vertretung durch Bevollmächtigte der Natur der Sache nach ausgeschlossen. — Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erbe, welcher das 16. Lebensjahr vollendet hat oder nur wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, hat die eidesstattliche Versicherung in der Regel selber abzugeben, da er als Beteiligter für gewöhnlich besser in der Lage sein wird, Auskunft zu erteilen als ein Dritter, und insolange eine Vertretung weder nötig noch zweckmäßig erscheint; in allen anderen Fällen handelt der gesetzliche Vertreter für ihn. — An Stelle des geschäftsunfähigen Erben hat dessen gesetzlicher Vertreter die Versicherung abzugeben. — Der Gläubiger, welcher gemäß §§ 792, 896 ZPO. an Stelle des Erben die Erteilung eines Erbscheins beantragt, hat an dessen Stelle auch die eidesstattliche Versicherung abzugeben.

2. Über die Frage, ob die eidesstattliche Versicherung behufs Erlangung des Erbscheins durch einen Bevollmächtigten abgegeben werden kann, s. ferner *Jastrow, BuschsZ. **34** 512 ff.

3. OLG. **11** 272 (Kiel). Eine zur Erlangung eines Erbscheins aus Fahrlässigkeit falsch abgegebene eidesstattliche Versicherung ist als ein Verstoß gegen ein den Schutz eines anderen, nämlich des wirklichen Erben, bezweckendes Gesetz anzusehen.

§ 2357. 1. OLG. **11** 274, KGJ. **30** A 101, RJA. **6** 113, ZBlFG. **6** 449 (KG.). Durch die Übertragung eines Miterbenanteils tritt zwar der Erwerber an Stelle des Veräußerers in die Eigentumsgemeinschaft der Miterben ein; der Veräußerer bleibt jedoch Miterbe, und nur er ist als solcher im Erbscheine zu bezeichnen. Die Anteilsübertragung ist im Erbscheine nicht zu erwähnen. AA. RheinNotZ. **01** 118 (KG.), RJA. **3** 229 (Colmar), KGJ. **26** A 311 (KG.), Boschan, Erbschein und Erbfolge 39, 72, Eßlinger, Erbschein 36, Jastrow, Formularbuch II 322, Lederle, BadRpr. **04** 228 und Zitate in Anm. 7 das., Märcker, Nachlaßbehandlung (17) 349, Marcus, ZBlFG. **4** 611, Planck § 2353 Anm. 3a, § 2357 Anm. 1, Kreß, Erbengemeinschaft 176, Leske, Vergl. Darst. 1299, v. Staudinger (2) § 2033 Anm. 1; wie hier KGJ. **28** A 204, **29** A 83 (KG.), Strohal § 64 Anm. 20; vgl. auch JDR. **2** § 2033 Ziff. 1, **3** § 2033 Ziff. 3b. Übereinstimmend ferner:

2. OLG. **10** 299, KGJ. **29** A 264, RJA. **5** 236, BayObLG. **6** 91, SeuffA.

60 231, SeuffBl. 05 237, ZBlFG. 5 845, DNotV. 05 592, DJZ. 05 1127, R. 05 166, RheinARV. 05 91, BayRpflZ. 05 179, JustdRundsch. 05 107 (BayObLG.). Die Verfügung des Miterben über seinen Anteil an dem Nachlaß ist ein außerhalb des Bereichs des Erbscheins liegender Rechtsvorgang; der den Miterben erteilte Erbschein wird daher nicht dadurch unrichtig, daß einer der Miterben seinen Anteil an dem Nachlasse veräußert. Dem Verkehrsbedürfnisse wird dadurch genügt, daß der Erwerber des Anteils eines Miterben an dem Nachlasse sein Recht durch den dem Miterben erteilten Erbschein in Verbindung mit der gerichtlichen oder notariellen Urkunde über die Veräußerung des Anteils (§ 2033) nachzuweisen vermag (vgl. auch zu § 2361 Ziff. 1).

3. Zu Abs. 3. OLG. 11 271, KGJ. 30 A 98 (KG.). Sofern ein vorliegendes Testament Erben einsetzt, die ohne das Testament als gesetzliche Erben berufen wären, müssen sich die Angabe und der Beweis, daß die übrigen Erben die Erbschaft angenommen haben, auch darauf erstrecken, ob die Erben die Erbschaft als eingesetzte Erben oder als gesetzliche Erben angenommen haben (vgl. JDR. 3 § 2357 Ziff. 1).

§ 2358. 1. OLG. 10 18 (KG.). Der § 2358 bezweckt nicht, dem Nachlaßrichter im Erbscheinsverfahren die Ermittelung der in den Erbschein aufzunehmenden Erben aufzuerlegen — diese Ermittelung liegt dem Nachlaßpfleger ob, und zu ihrer Ergänzung dienen die §§ 1964, 1965 — sondern nur eine Nachprüfung, ob die vom Antragsteller vorgebrachten Tatsachen richtig sind.

2. Abs. 2. *Matthießen, ZBlFG. 6 390. Die hier vorgesehene öffentliche Aufforderung ist von dem Gesetze nicht mit Aufgebots- und Ausschlußwirkung versehen. Hat sich auf die Aufforderung niemand gemeldet, so ist eben ein Mittel, die etwaigen sonstigen Erben zu erfahren, erfolglos angewendet. Aus der Nichtanmeldung auf das Nichtvorhandensein näherer Erben zu schließen, wird durchweg unzulässig sein, und insbesondere verbietet sich diese Schlußfolgerung, wenn anderweit bereits Anhaltspunkte für das Vorhandensein näherer Erben vorliegen.

§ 2360. Dernburg 453. Hat der Prozeßrichter rechtskräftig einen Erbprätendenten als den wirklichen Erben anerkannt, so muß diesem der Nachlaßrichter auf Grund des rechtskräftigen Erkenntnisses einen Erbschein erteilen, wenn nicht bei ihm ein Dritter Widerspruch eingelegt hat, welchem gegenüber die Rechtskraft nicht wirkt (vgl. hierzu Jastrow, BuschsZ. 34 514 ff.).

§ 2361. 1. *Kreß, BayRpflZ. 05 137. Der Erbschein hat nur diejenigen Personen als Miterben anzugeben, welche mit dem Tode des Erblassers — sei es sofort oder unter Rückbeziehung des Erbanfalls (so z. B. § 1953 BGB.) — als Erben eintraten. Der Erbschein wird nicht unrichtig, wenn später — auf Grund Erbfolge, Eintritts des Nacherbfalls, Veräußerung eines Erbteils — andere Personen in die Erbengemeinschaft eintreten; die Einziehung des Erbscheins im Sinne des § 2361 BGB. hat deshalb in diesen Fällen zu unterbleiben. Diejenigen, welche, wie z. B. der Erbteilserwerber, späterhin in das Miterbenrecht ex nunc sukzedieren, sind zwar legitimiert, die Ausstellung eines Erbscheins zu verlangen; der Erbschein hat aber auf die ursprünglichen Erben zu lauten.

2. RG. RJA. 6 102, JW. 05 642, ZBlFG. 6 406. Mit der Beschwerde kann eine Abänderung des Erbscheins seinem Inhalte nach nicht erzielt werden. Das Beschwerdegericht kann nicht Änderungen an dem Inhalte des Erbscheins vornehmen oder an die Stelle des erteilten einen anderen setzen. Ein unrichtiger Erbschein kann vielmehr nur dadurch beseitigt werden, daß er von dem Nachlaßlaßgericht eingezogen oder an dieses abgeliefert oder durch Beschluß des Nachlaßgerichts für kraftlos erklärt wird. Die im § 2361 BGB. dem Nachlaßgerichte zur Pflicht gemachten Maßnahmen können von jedem, dessen Recht durch die er-

folgte Erteilung des Erbscheins beeinträchtigt wird, beantragt, und gegen die Ablehnung eines solchen Antrags kann zufolge § 20 Abs. 1 FGG. Beschwerde erhoben werden (vgl. BayObLG. 2 725). Wenn das LG. die Erteilung des Erbscheins angeordnet hat, würden diejenigen Personen, die sich für die wirklichen Erben halten, die Einziehung des Erbscheins bei dem Nachlaßgerichte beantragen und die Ablehnung eines solchen Antrags zum Gegenstande der Beschwerde und der weiteren Beschwerde machen können. Es ist jedoch auch zulässig, ohne das Verfahren vor dem Nachlaßgericht und dem LG. zu erneuern, sofort gegen einen die Anordnung der Erteilung aussprechenden Beschluß des LG. die weitere Beschwerde zu erheben. Deren Antrag muß jedoch nicht auf Aufhebung der vom LG. verfügten Erteilung des Erbscheins, auch nicht auf eine Abänderung seines Inhalts, sondern darauf gerichtet werden, daß derselbe eingezogen oder für kraftlos erklärt wird. Vgl. JDR. **1** Ziff. 5, **2** Ziff. 2, **3** Ziff. 1; abw. ZBlFG. **5** 317, R. **05** 18 (Darmstadt); vgl. auch OLG. **11** 253 (KG.).

§ 2363. 1. KGJ. **30** A 101 (KG.). Auch bei der konstruktiven Nacherbfolge ist in dem Erbscheine, der einem Vorerben erteilt wird, anzugeben, daß eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt und wer der Nacherbe ist.

2. OLG. **9** 437 (KG.). Auch im Falle des § 2106 muß der Erbschein die Voraussetzungen angeben, unter welchen die Nacherbfolge eintritt, namentlich den Zeitpunkt oder das Ereignis bestimmen, mit dem sie eintreten soll.

3. ZBlFG. **6** 211 (Dresden). Im Falle der Anordnung einer Nacherbfolge muß sie im Erbschein auch dann erwähnt werden, wenn die Nacherben unter Verzicht auf die gesetzlichen Beschränkungen des Vorerben die Nichterwähnung der angeordneten Nacherbfolge im Erbscheine beantragen. Die durch den Verzicht erklärte Befreiung von Beschränkungen und Verpflichtungen kann nicht zum Inhalt eines Erbscheins gemacht werden.

4. OLG. **11** 267 (KG.). a) Das Recht des Nacherben wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß ein dem Vorerben erteilter, das Nacherbrecht bezeugender Erbschein eingezogen wird. — b) Werden aber Nacherben zu Unrecht von der Aufnahme in den dem Vorerben zu erteilenden Erbschein ausgeschlossen, so können sie gegen den eine solche Anordnung treffenden Beschluß des Beschwerdegerichts die weitere Beschwerde auch dann erheben, wenn das Amtsgericht inzwischen den Erbschein erteilt hat.

§ 2365. 1. Peters, GruchotsBeitr. **50** 147 ff. Der § 2365 enthält keine wirkliche Vermutung — Gegenstand einer solchen kann nach § 292 ZPO. nur eine Tatsache, nicht aber der Erwerb oder der Bestand eines Rechtes sein — es handelt sich hierbei vielmehr um eine gesetzliche Beweisregel.

2. OLG. **11** 274 (KG.). Der öffentliche Glaube des Erbscheins erstreckt sich nur auf die nach §§ 2363, 2364 BGB. in ihn aufzunehmenden Angaben, nicht auf Angaben über nachmalige Veränderungen im Bestande des Nachlasses.

§§ 2366, 2367. *Kreß, BayRpflZ. **05** 137. Dem Dritten, der mit den im Erbscheine bezeichneten Miterben Verfügungsgeschäfte abschließt, wird durch den öffentlichen Glauben keine Gewähr dafür geleistet, daß seinen Vertragsgegnern das Erbrecht noch zusteht, d. i., daß sie es nicht infolge Erbteilsveräußerung u. dgl. mit Wirkung ex nunc verloren haben.

§ 2368. 1. RJA. **5** 37, DNotV. **05** 366, ZBlFG. **5** 657, R. **05** 144, RheinNotZ. **05** 60 (KG.). Vgl. JDR. **3** zu § 2368.

2. OLG. **11** 272, RJA. **6** 160, KGJ. **30** A 307, ZBlFG. **6** 484 (Hamburg). Die Befugnis ausländischer Testamentsvollstrecker zur Verfügung über ein zum Nachlaß eines Ausländers gehörendes, im Inlande belegenes Grundstück muß dem Grundbuchamte, sofern nicht die Ernennung der Testamentsvollstrecker

in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, durch ein Zeugnis des inländischen Nachlaßgerichts nachgewiesen werden.

§ 2369. Nach Bode, DJZ. **05** 1165, ist trotz der Vorschrift des Art. 25 EGBGB. hinter einem Erblasser von ausländischer Staatsangehörigkeit, der mit inländischem Wohnsitze verstorben ist, ein Erbschein auch dann zu erteilen, wenn das heranzuziehende ausländische Recht einen Erbschein überhaupt nicht kennt.

Neunter Abschnitt. Erbschaftskauf.

§ 2371. HansGZ. **05** Beibl. 227 (Hamburg). Das Versprechen, jemandem für seine Bemühungen um eine Erbschaft ein Drittel derselben als Honorar zu zahlen, ist keine Veräußerung eines Erbteils.

§ 2377. *Thal, Vereinigung 132. Die Wiederherstellung der erloschenen Rechtsverhältnisse hat keine absolute Wirkung: die Parteien sind zur Herstellung nur obligatorisch verpflichtet. Daher verbleibt es bei der durch den Erbfall herbeigeführten Rechtsvernichtung, soweit Dritte von der Wirkung betroffen worden sind, insbesondere bei der Befreiung von Bürgen und Pfändern.

§ 2381. *Baring, SächsA. **15** 136 ff. § 998 BGB. ist entsprechend anwendbar, ebenso der zweite Satz des § 994 (gegen Planck).

§ 2385. 1. **RG.** JW. **05** 721. Ein die Veräußerung eines Erbschaftsteils bezweckender Vergleich bedarf als Erbschaftskauf der für diesen erforderlichen Form. Vgl. Planck Vorbem. vor § 779, § 2371 Anm. 1, § 2385 Anm. 1a, Staudinger § 2385 Anm. 3, Dernburg II § 202 Anm. 3.

2. SeuffA. **60** 27 (Bamberg). Die vertragsmäßige Anerkennung eines nichtigen Testaments durch den gesetzlichen Erben hat die Wirkung eines Verzichts auf die Nichtigkeitsklage; als Erbschaftsveräußerung bedarf er der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Einführungsgesetz.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Art. 3. Literatur: Schneider, Zum bayerischen Übergangsrechte, BayRpflZ. **05** 6, 7 ff.

Rechtsprechung. S. zu Artt. 77, 109.

Art. 4. *Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. 206, 207. Aus Artt. 4, 33 ist nichts zu folgern, um die Anwendbarkeit der Begriffsbestimmungen des BGB. auch für die übrigen Zivilgesetze des Reiches oder der Partikularstaaten als zwingend erscheinen zu lassen.

Internationales Privatrecht. Allgemeines.

Zu Artt. 7—31. *Klein, ÖstZ. **2** 504—507, schlägt vor, daß die Bestimmungen der Haager Familienrechtskonventionen und die der weiteren Konventionen über die einheitliche Regelung des Internationalen Privatrechts zu Normen der einzelstaatlichen Privatrechte erhoben werden und als solche auch gegenüber den Konventionen fernstehenden Staaten Anwendung finden. — Die Gesichtspunkte in HaagEheschlAbk. Art. 8, HaagEhescheidAbk. Art. 9 und HaagVormundschAbk. Art. 9 sprechen nicht gegen diesen Vorschlag, weil bei dessen Verwirklichung die einzelnen Staaten sich nicht durch völkerrechtlichen Kollektivvertrag zugunsten eines dritten Staates, der den Konventionen fernsteht, binden, sondern frei bleiben und sich durch Retorsionsbestimmungen und Vorbehaltsklauseln sichern können. Dafür spricht, daß die Theorie und Praxis ihre Arbeit nicht auf zwei, sondern nur auf eine Kodifikation verwenden müssen und daß die Abkommen noch an Bedeutung gewinnen.

Artt. 7, 8, 23. Berndorff, DJZ. **05** 405. Wenn ein entmündigter Deutscher durch fünfjährigen Aufenthalt in Amerika die deutsche Staatsangehörigkeit verloren und durch Naturalisation amerikanischer Staatsangehöriger geworden ist, so ist er, da in Amerika der Entmündigungsbeschluß eines deutschen Gerichts nicht anerkannt wird, geschäftsfähig (Art. 7 EG.), die Vormundschaft ist deshalb für erloschen zu erachten, da der Ausnahmefall der Artt. 8, 23 EG. nicht vorliegt. — Dagegen Richter, ZBlFG. **6** 256. Es handelt sich nicht um Anordnung, sondern um Weiterführung der Vormundschaft, Art. 23 betrifft nicht ohne weiteres die letztere; aber auch wenn man dies annimmt, würden hier seine Voraussetzungen gegeben sein (Entmündigung, mangelnde Fürsorge des Auslandsstaats). Die Vormundschaft könnte übrigens nur mit der Entmündigung, diese nur durch rechtskräftige Wiederaufhebung erlöschen.

Artt. 9, 23. *Krug, Entmündigung und Todeserklärung im internationalen Privatrecht, DJZ. **05** 836 ff. Zuständig für die Entmündigung und Todeserklärung ist jeder Staat nur gegenüber seinen eigenen Angehörigen und zwar ohne Ansehung ihres Wohnsitzes und Aufenthalts. Im Rahmen dieser Zuständigkeit sind auch die Rechtsakte fremder Staaten bei uns anzuerkennen. Ausnahmen, die durch ein praktisches Bedüfnis erfordert werden, kommt gegenüber der Regel nur eine subsidiäre Bedeutung zu.

Art. 10. 1. OLG. **10** 129, R. **05** 196 Nr. 866, DJZ. **05** 968, ZJPR. **15** 320, HansGZ. **05** Hptbl. 11 (Hamburg) (abw. von der früheren Rechtsprechung). Für ausländische Handelsgesellschaften gilt Art. 10 nicht, weil sie nicht unter §§ 21, 22 BGB. fallen.

2. RG. ZJPR. **15** 293, R. **05** 530 Nr. 2130; HansGZ. **05** Hptbl. 11, ZJPR. **15** 320, HansGZ. **05** Hptbl. 21 (Hamburg). Die Rechtspersönlichkeit ausländischer Handelsgesellschaften richtet sich nach dem am Orte ihres Sitzes geltenden Recht.

Art. 11. HansGZ. **04** Hauptbl. 309, ZJPR. **15** 222 (Hamburg). Die Ausstellung eines Konnossements ist ein Rechtsgeschäft, dessen formelle Erfordernisse nach Art. 11 EG. zu beurteilen sind. Die Entscheidung, ob die von der Klägerin vorgelegte Urkunde nach ihrer Form als Konnossement gelten kann, richtet sich daher nach deutschem Rechte, weil dieses für den Bestimmungsort (Lübeck) maßgebend ist, an dem das Konnossement im Falle seiner Gültigkeit zu erfüllen wäre. Es genügt jedoch zur Wahrung der Form die Beobachtung der etwa im Lande der Ausstellung (Finnland) geltenden Formvorschriften.

Art. 13. ZJPR. **15** 343 ff. (Hamburg). Eine 1892 in Berlin zwischen einem katholischen Österreicher und einer protestantischen, durch ein deutsches Gericht von ihrem ersten Ehemanne geschiedenen Deutschen ist wegen des im österreichischen Rechte für Katholiken bestehenden Verbots, einen geschiedenen Ehegatten zu Lebzeiten des anderen geschiedenen Ehegatten zu heiraten, ungültig. Art. 13 EG. findet keine Anwendung, denn Artt. 7—30 EG. haben keine rückwirkende Kraft.

Art. 14. S. auch zu Artt. 19, 30. Die Entscheidung HansGZ. **04** Beibl. 303, OLG. **9** 445, R. **05** 109 Nr. 465, wonach die Unterhaltspflicht ausländischer Ehegatten, die in Deutschland wohnen, sich nach deutschem Rechte richtet, selbst wenn beide Ehegatten Ausländer sind, findet sich auch ZJPR. **15** 321 ff. — SächsOLG. **26** 308. Dagegen soll die Unterhaltspflicht eines in Deutschland lebenden ausländischen Vaters gegen die bei der Mutter befindlichen Kinder nach ausländischem Rechte beurteilt werden.

Art. 17. R. **05** 314, 315 Nr. 1486 (Stuttgart). Für die persönlichen Rechtsbeziehungen von Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit sind, soweit das Recht der Scheidung in Frage steht, die Gesetze des Staates maßgebend,

dem der Ehemann zur Zeit der Klagerhebung angehört. Dies gilt insbesondere für die Herstellungsklage als die Voraussetzung des Scheidungsrechts nach § 1567 Nr. 1 BGB.; denn der enge Zusammenhang, der zwischen dem Rechte der Scheidung aus § 1567 Nr. 1 BGB. und der Herstellungsklage des § 1353 BGB. besteht, erfordert nur, daß auch für § 1353 derselbe Grundsatz gilt, mindestens soweit es sich um das von § 1567 BGB. verlangte Feststellungserfordernis handelt. Wenn dem Ehemann der Scheidungsgrund des § 1567 BGB. zugänglich sein soll, so muß ihm zuvor die Möglichkeit gewährt werden, die gerichtliche Feststellung über die unbegründete Weigerung der Ehefrau durch Erwirkung eines Herstellungsurteils nach deutschem Rechte herbeizuführen.

Art. 19. S. zu Art. 14. — ZIPR. **15** 325 ff. (KG.). Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde ist nach den deutschen Gesetzen zu beurteilen einmal, wenn der Vater und, falls der Vater gestorben ist, die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt, und weiter, wenn die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die Reichsangehörigkeit des Kindes aber bestehen geblieben ist.

Art. 25. 1. Bode, DIZ. **05** 1165, über Erbschein betr. den inländischen Nachlaß eines Ausländers s. BGB. § 2369.

2. *Weegmann, WürttZ. **05** 166 ff. Auf den Erwerb der dem überlebenden Gatten nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes der württembergischen landrechtlichen Errungenschaftsgemeinschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor 1. 1. 00 in Württemberg geschlossenen Vertrags zustehenden statutarischen Nutznießung ist die Staatsangehörigkeit ohne Einfluß. Entscheidend ist der Wohnsitz des Erblassers zur Zeit seines Todes, wenn die übrigen Voraussetzungen vorliegen.

Art. 29. Die Entscheidung des OLG. Karlsruhe (BadRpr. **04** 324) über die Zwangserziehung von Zigeunerkindern ist auch abgedruckt ZIPR. **15** 340 ff.

Art. 30. 1. **RG. 60** 299, 300, ZIPR. **15** 305, R. **05** 344 Nr. 1582, JLBl. **05** 321. Die Vorschrift des Art. 30 ist in dem Sinne zu verstehen, daß, abgesehen von dem Falle eines Verstoßes gegen die guten Sitten, die Anwendung des nach dem internationalen Privatrecht an sich maßgebenden ausländischen Rechtes verboten ist, wenn der Unterschied zwischen den staatspolitischen oder sozialen Anschauungen, auf denen dieses und auf denen das konkurrierende deutsche Recht beruhte, so erheblich ist, daß die Anwendung des ausländischen Rechtes direkt die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde. In einem solchen Falle kann das ausländische Recht nicht zugelassen, sondern das inländische Gesetz muß angewendet werden. Eine solche Tragweite kann § 25 HGB. nicht zuerkannt werden, da er nur eine Zweckmäßigkeitsvorschrift enthält, die der in Deutschland herrschenden Verkehrsanschauung angepaßt ist, der aber sozialpolitisch nicht eine solche Erheblichkeit beigelegt werden kann, daß man annehmen müßte, es solle dadurch für die in England geschehene Geschäftsübertragung die Anwendung des englischen Rechtes, das nach der Feststellung des Oberlandesgerichts eine direkte Haftung des Geschäftserwerbers nicht kennt, ausgeschlossen sein.

2. R. **05** 594 Nr. 2448 (BayObLG.). Eine im Auslande nach islamitischem Rechte geschlossene Ehe konnte vor dem Inkrafttreten des BGB. durch die Zustellung eines nach dem islamitischen Rechte zulässigen Scheidungsbriefs in Deutschland dann rechtswirksam geschieden werden, wenn nach dem Rechte des Ortes, an dem in Deutschland der Scheidebrief zugestellt wurde, die Scheidung aus dem Grunde, aus dem der Scheidungsbrief erteilt und zugestellt wurde, zulässig war.

3. OLG. **11** 287 (Stuttgart). Ein Recht und Gesetz, das wie das österreichische dauernd und unabänderlich sowohl die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft als auch eine eigentliche Scheidung versagt, ist dem Zwecke deutscher Gesetze zuwider und seine Anwendung nach Art. 30 ausgeschlossen. Ein Österreicher, der vor 1900 in Österreich die Ehe geschlossen und nach 1900 durch Beschluß eines österreichischen Gerichts die Scheidung von Tisch und Bett erwirkt hat, kann daher gemäß §§ 1353, 1567 BGB. auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft klagen.

Anhang. Einzelne Entscheidungen aus dem internationalen Privatrechte (Sachenrecht, Recht der Schuldverhältnisse).

1. HansGZ. **04** Beibl. 202, ZJPR. **15** 313, OLG. **10** 114 (Hamburg), Fund auf einem deutschen Dampfer — s. schon JDR. **3** §§ 965 ff. Ziff. 4 a, b und JDR. **4** Ziff. 2.

2. **RG.** JW. **05** 713, DJZ. **05** 1170. Leistungsort bei Rückbürgschaft und Verschiedenheit des örtlichen Rechts s. o. zu § 765 BGB. Ziff. 1.

3. HansGZ. **04** Hptbl. 208, ZJPR. **15** 311 ff. (Hamburg). Die Vorschriften über die Untersuchung der Ware, die Vor- und Mängelanzeige regeln den Umfang der Verpflichtungen des Käufers und müssen dem Rechte entnommen werden, nach dem sich überhaupt die Verpflichtungen des Käufers bestimmen, also, wenn ein Verkäufer in Schottland an einen in Deutschland wohnenden Käufer verkaufte, nach deutschem Rechte.

Zweiter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Reichsgesetzen.

Art. 32. 1. R. **05** 43/44 Nr. 139 (Celle). Das BGB. findet auf das Gebiet des Strafrechts und Strafprozesses an sich keine Anwendung. Zudem bestimmt Art. 32, daß die Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft bleiben und nur soweit außer Kraft treten sollen, als sich aus dem BGB. selbst oder aus dem EG. dazu die Aufhebung ergibt. Die Artt. 34, 35 EG. enthalten aber eine Bestimmung, daß § 126 BGB. auf den im Strafrechte vorkommenden schriftlichen Strafantrag Anwendung finden solle, nicht. Es bleiben daher die bisherigen Bestimmungen in Geltung. S. a. o. § 126 BGB. zu II 3.

2. **RG.** JW. **05** 237 ff. Nach Art. 32 ist § 826 BGB. für das Gebiet des unlauteren Wettbewerbes nicht ausgeschlossen und überall da anzuwenden, wo die speziellen Vorschriften des Wettbewerbsgesetzes nicht Platz greifen.

Art. 33. 1. Keßler, BayRpflZ. **05** 460 ff., Außereheliche Verwandtschaft und Schwägerschaft im Gebiete des Strafrechts und Strafprozeßrechts: Die Vorschriften des BGB. finden auf den strafrechtlichen Begriff der Verwandtschaft und Schwägerschaft keine Anwendung.

2. AM. *Schröder, ACivPrax. **97** 372 ff. Die Verwandtschaft ist als natürliche Lebensbeziehung für alle Rechtssysteme gleich zu regeln. Es ist daher nur selbstverständlich, daß die Vorschriften des BGB. auf das Strafrecht zu übertragen sind, da es zivil- und strafrechtlich verschieden geartete Verwandtschaft nicht geben kann. Mithin ist ein Irrtum über die Verwandtschaft kein Strafrechtsirrtum.

Art. 34. *Löwenstein, JW. **05** 108. Art. 34 VI EG. hat nur eine durch § 1626 BGB. gegenstandslos gewordene Bestimmung aus dem § 195 StGB. beseitigt. Volljährige, unter väterlicher Gewalt stehende Hauskinder gibt es nicht mehr, für Minderjährige ergibt sich das Recht des Vaters aus § 65 StGB. Der Vater ist daher auch nach wie vor auf Grund des § 418 StPO. zur selbständigen Erhebung der Privatklage berechtigt. — AM. KGBl. **04** Nr. 11 (KG.). S. JDR. **3** zu Art. 34. — Rechtsprechung s. zu Art. 32.

Art. 44. *L. Perels, Marine-Rundsch. **00** 1005, 1009 u. 1010. Als in Dienst gestellte Fahrzeuge der Kaiserlichen Marine sind alle nicht durch § 2251 BGB. betroffenen (deutschen) Fahrzeuge zu behandeln; die Worte „in Dienst gestellt" dürfen nicht gepreßt werden. — Werden Angehörige der Armee, nicht der Marine, dienstlich über See befördert, so gestaltet sich ihr Testamentsprivileg wie folgt: Geschieht der Transport in Friedenszeiten, dann greift, je nach dem Charakter des Schiffes, das See- oder Marinetestament Platz; ist der Truppenteil mobilisiert, dann gilt RMilG. § 44.

Artt. 52, 53. **RG.** JW. **05** 523, R. **05** 619 Nr. 2558. Da die Überleitung der Hypotheken- und Grundschulden, welche am 1. 1. 00 bereits bestanden, in die Belastungsformen des BGB. gemäß Artt. 192 ff. EG. zur Folge hat, daß dem Gläubiger einer übergeleiteten Hypothek oder Grundschuld alle Rechte zustehen, die einer nach dem 1. 1. 00 begründeten Hypothek oder Grundschuld gebühren, mag sich dadurch die nach dem bisherigen Rechte entstandene Rechtslage des Gläubigers verbessern oder verschlechtern, so können die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger gegenüber dem schädigenden Bergwerksbesitzer die ihnen durch Artt. 52, 53 gewährten Rechte unter der Voraussetzung geltend machen, daß ihnen eine besondere Entschädigung nicht gewährt wird. Klagt der Eigentümer wegen Entschädigung für die seinem Grundstücke durch den Bergbau zugefügten Beschädigungen, so ist dahin zu erkennen, daß die beklagte Gewerkschaft die Schadenssumme nur unter Wahrung der den am Grundstücke des Klägers berechtigten Hypotheken- und Grundschuldgläubigern nach Artt. 52, 53, 67 EG. zustehenden Rechte zu leisten hat.

Dritter Abschnitt. Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu den Landesgesetzen.

Art. 55. 1. **RG.** R. **05** 84 Nr. 351, JW. **05** 70, 71. Der auf Billigkeitsgründen beruhende öffentlich-rechtliche Grundsatz der ausgleichenden Gerechtigkeit des französischen Rechtes, nach welchem einem durch öffentliche Arbeiten in seinem Vermögen Geschädigten (z. B. einem Hausbesitzer, dessen Anwesen sich infolge städtischer Kanalisationsarbeiten gesenkt hat), auch ohne Nachweis eines Verschuldens des Staates, der Gemeinde oder ihres Unternehmers Werterſatz in Geld zu leisten ist, gehört zu denjenigen landesgesetzlich in Elsaß-Lothringen geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die durch das BGB. nicht aufgehoben und nach Artt. 55, 109 EG. bestehen geblieben sind.

2. Übereinstimmend **RG.** JW. **05** 125, PucheltsZ. **05** 193 ff. Nach dem in Frankreich geltenden öffentlichen Recht ist aus Gründen der Billigkeit jedem Privaten in gewissen Grenzen der Schaden zu erstatten, den er dem öffentlichen Interesse als besonderes Opfer bringen muß. Dieser Grundsatz gehört zu den durch Art. 55 (109) EG. geschützten öffentlich-rechtlichen Vorschriften Elsaß-Lothringens.

Art. 57. Literatur: Bornhak, Staats- und völkerrechtliche Fragen im Falle Montignoso, DJZ. **05** 283; dazu Neumeyer, Zur Begrenzung zwischen Privatfürstenrecht und gemeinem Rechte, das. 494.

Art. 59. Literatur: Becker, Die allodifizierten Lehen des badischen Rechtes, BadNotZ. 3 26.

Art. 62. RJA. **4** 230 ff., ZBlFG. **5** 437 ff. (KG.). Besondere landesgesetzliche Vorschriften über die Buchung zugehöriger Miteigentumsanteile bestehen für Rentengüter nicht (Art. 62 EG., Artt. 12, 29, 30 AGBGB., Rentengütergesetz v. 27. 6. 90, GS. 209, Ges. betr. die Beförderung der Errichtung von Rentengütern v. 7. 7. 91, GS. 279).

Art. 64. 1. Paetzold, Das gerichtliche Erbauseinandersetzungsverfahren nach dem PrG. v. 8. 6. 96 betr. das Anerbenrecht bei Renten- und Ansiedelungs-

gütern, ZBlFrG. 5 689 ff. Das gerichtliche Erbauseinandersetzungsverfahren richtet sich grundsätzlich nach Reichsrecht. Soweit aber im vorgenannten Landesgesetze selbst abweichende Vorschriften über das Verfahren enthalten sind, — und das ist in wesentlichen Beziehungen der Fall, — gelten diese vom Reichsrecht abweichenden Bestimmungen.

2. *Steinert, Zur Frage der Naturalteilung; XXIII. Bd. der Wirtschafts- und Verwaltungsstudien, hrsg. v. G. Schanz. Mit vollem Rechte hat es der Gesetzgeber abgelehnt, ein besonderes, auf der Basis des Anerbenrechts geregeltes bäuerliches Erbrecht in das BGB. aufzunehmen. Man war bei Beratung des Entwurfs des BGB. namentlich in landwirtschaftlichen Kreisen, von denen der Wunsch nach einer Anerbengesetzgebung ausging, der Anschauung, daß durch ein Gesetz ein Sondererbrecht in bäuerliche Güter im ganzen Reich eingeführt werden könnte, und bezog sich dabei auf die einzelnen Landrechte, die einen Einfluß auf die bäuerliche Erbfolge ausgeübt hätten. So sah man z. B. im fränkischen Landrechte den Typus von Rechten, die die Naturalteilung im Gefolge gehabt haben. Und doch bestehen in Franken Anerbenrecht und Naturalteilung regellos nebeneinander. Dem Gesetzesrecht ist sonach hier ein Einfluß auf die bäuerliche Erbfolge abzusprechen. Die Verschiedenheit im bäuerlichen Erbrecht erklärt sich aus den grundherrlichen Verhältnissen.

3. Rechtsprechung. RJA. 5 264, KGJ. **29** A 274, R. **05** 446/447 Nr. 1879 (Braunschweig). Durch Art. 64 werden aufrecht erhalten alle landesgesetzlichen Vorschriften, welche das Institut der bäuerlichen Erbfolge (Anerbenrecht) nach seinem Inhalte, seinen Voraussetzungen und Wirkungen unmittelbar regeln, aber auch solche, welche sich um jenes Instituts willen gebildet haben und in einem so engen Zusammenhange mit ihm stehen, daß sie als ihm ausschließlich oder doch zugleich zu dienen bestimmt erscheinen. Dies gilt namentlich (in Braunschweig) von den Rechtssätzen, welche das Genuß- und Mitbesitzrecht des auf einen Bauernhof aufheiratenden Ehegatten und sein Zustimmungsrecht zu Veräußerungen betreffen. Daher kann durch einen bäuerlichen Vertrag die Verschreibung des Hofes zu Mitbesitz und Mitgenuß und daraufhin die Eintragung dieses Mitbesitz- und Mitgenußrechts in das Grundbuch zugunsten des aufheiratenden Ehegatten nach Maßgabe des § 17 BraunschwAGRGBO. (Nr. 37) v. 12. 6. 99 stattfinden.

Art. 65. Literatur: Raspe, Darstellung des in Mecklenburg geltenden Wasserrechts, MecklZ. **23** 258 ff., 330 ff.

R. **05** 195 Nr. 860 (BayObLG.). Die durch Art. 65 vorbehaltenen Artt. 54, 83, 84 BayWassBauG. v. 28. 5. 52 über den einem anderen schädlichen Rückstau und die Schadensersatzpflicht des Eigentümers eines Stauwerks werden durch §§ 1020, 1024 BGB. nicht ersetzt. Der Berechtigte hat zwar bei der Ausübung einer Grunddienstbarkeit das Interesse des Eigentümers des dienenden Grundstücks tunlichst zu schonen, braucht aber kein Opfer zu bringen.

Art. 67. Literatur: Westhoff, Grundlegende Fragen des bergbaulichen Enteignungsrechts, ZBergr. **46** 43—89, 223—269.

Art. 75. SchlHolstAnz. **05** 100 (Kiel). Art. 75 läßt nur die bei dem Inkrafttreten des BGB. geltenden Vorschriften des Versicherungsrechts unberührt. Die Frage nach der Parteifähigkeit einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit gehört aber nicht dem Versicherungs-, sondern dem Vereinsrecht an.

Art. 76. RG. JW. **05** 228. Ein vor Inkrafttreten des Verlagsgesetzes v. 19. 6. 01 abgeschlossener Verlagsvertrag ist nach dem damals geltenden Landesrecht zu beurteilen (so §§ 996 ff. I. 11 ALR.).

Art. 77. 1. Schöller, Die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche der Beamten und die Unfallfürsorgegesetzgebung im Reiche und in Preußen, R. **05**

665 ff. Die Haftung Dritter auf dem Gebiete der Unfallfürsorge für Reichs- und Landesbeamte regelt sich jetzt, abgesehen von dem Vorbehalt aus Art. 77 EG. einheitlich und ausschließlich nach den Normen des UnfFürsG. v. 15. 3. 86 (8. 6. 02). Dies gilt für Preußen sowohl wie für die anderen Bundesstaaten, die den Normativbestimmungen des Reichsrechts entsprechende Unfallfürsorgebestimmungen für ihre Beamten erlassen haben.

2. *Schefold, ACivPrax. **97** 460 ff., vgl. o. § 89 BGB. Ziff. 6 d. — Rechtsprechung. Vgl. zu Artt. 3, 109.

3. **RG.** JW. **05** 334, R. **05** 434 Nr. 1772. Art. 1384 Code civil ist, soweit er bisher auf dem vorbehaltenen öffentlich-rechtlichen Gebiet Anwendung gefunden hat, und unter der Voraussetzung, daß diese Anwendung begründet erscheint, aufrechterhalten worden (**RG.** 14. 12. 03, 16. 2. 03). S. JDR. **3** zu Art. 77 Ziff. 1 ff.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 995 ff. Durch Art. 77 ist nur die fortdauernde Gültigkeit der landesgesetzlichen Bestimmungen über die Haftung des Staates, der Gemeinden u. a. für den von ihren Beamten in Ausführung der diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden angeordnet, bei der Erfüllung der Wegebaupflicht aber handelt es sich, auch wenn sie ausschließlich auf Normen des öffentlichen Rechtes beruht, nicht um Ausübung der öffentlichen Gewalt. Die Haftung der öffentlich-rechtlichen Korporationen bei schuldhafter Nichterfüllung dieser Pflicht ist daher allein nach den allgemeinen Vorschriften in §§ 89, 31 823 BGB. (**RG.** **54** 57 ff.) und, soweit ein Verschulden von Beamten in Frage kommt, die nicht verfassungsmäßige Vertreter der Korporation im Sinne von § 31 oder § 30 BGB. sind, nach § 831 zu beurteilen.

Art. 84. **a)** R. **05** 543 (2247), RJA. **6** 48 (KG.). Art. 84 EG. bezieht sich auch auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Es ist daher unzulässig, eine Religionsgesellschaft in Form einer GmbH. zu errichten, wenn sie nach Landesgesetz nur im Wege der Gesetzgebung Rechtsfähigkeit erlangen kann. — **b)** OLG. **9** 371, ZBlFG. **5** 392 (KG.). Die geschehene Eintragung ist von Amts wegen zu löschen.

Art. 86. KGJ. **29** A 141, R. **05** 502 (1958) (KG.). Kirchengemeinden bedürfen in Preußen zum Erwerbe eines Grundstücks im Werte von mehr als 5000 M. der Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde, auch wenn der Erwerb durch Zuwendung von Todes wegen erfolgt und die Zuwendung, weil ihr Gegenstandswert 5000 M. nicht übersteigt, ohne landesherrliche Genehmigung wirksam ist.

Art. 94. Vgl. Alfred Schultze, JheringsJ. **49** 179 Note 37 und 181 Note 38 (Näheres o. zu §§ 932 ff. BGB.). — Rechtsprechung. RheinA. **101** I 250 (Köln). Dem Leihhause der Stadt Köln ist ein Vorrecht im Sinne des Abs. 2 nicht eingeräumt.

Art. 95. Literatur: Gorden, Die Dienstbotenordnung und das BGB., Hans. GZ. **05** Beibl. 101, 233. — Vgl. auch Leo, das. 113 — o. BGB. zu §§ 273 Ziff. 7 a, 394 Ziff. 1. —

Art. 96. 1. Landauer, Das WürttG. v. 2. 12. 04 betreffend den Leibgedingvertrag, ZBlFG. **5** 769 ff. Für Schuldverhältnisse aus dem Leibgedinge, die vor dem 1. 1. 00 entstanden waren, blieb gemäß Art. 170 EG. das bisherige gemeine deutsche Privatrecht maßgebend und soweit infolge Leibgedings Sachen oder Rechte zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. mit Rechten belastet waren, blieben diese nach Art. 184 EG. mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Rang bestehen. Das WürttG. v. 2. 12. 04 regelt in Artt. 2—18 den Inhalt des aus dem Leibgedingvertrag sich ergebenden Schuldverhältnisses, bestimmt in Art. 20 auf Grund des im Art. 115 EG. erwähnten

landesrechtlichen Vorbehalts den Inhalt und das Maß einer als Leibgeding im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit oder Reallast, und legt sich im Art. 19 rückwirkende Kraft bei. Diese Bestimmung, die mit Art. 70 EG. im Widerspruche steht, ist im Interesse der Herstellung eines gleichmäßigen Rechtszustandes erlassen und damit gerechtfertigt worden, daß das Gesetz kein neues Recht bringt. —

2. **RG.** R. **05** 619 (2559). Der Ehemann kann nicht einseitig über den Altenteil der Ehefrau verfügen; Altenteile sind nicht übertragbar.

3. **RG.** R. **05** 434 (1773). Gegenüber der Klage des Altenteilers auf Gewährung von Wohnung, Kost und Taschengeld ist die Einrede des nicht erfüllten Vertrags und der Zurückhaltung, sowie die Aufrechnung mit einer Gegenforderung wegen Nichterfüllung der von dem Kläger übernommenen Verbindlichkeit, nach besten Kräften für die Stelle zu arbeiten, unzulässig; denn nach den Vorschriften des gemeinen Mietrechts und des gemeinen bürgerlichen Rechtes ist diese Einrede durch die besondere Natur des Altenteilsvertrags, der dem Altenteiler unter allen Umständen den Lebensunterhalt sichern soll, ausgeschlossen.

Art. 103. Baring, SächsA. **15** 30—48, 133—156. Kann in Preußen und Sachsen der Armenverband von dem Unterstützten Ersatz fordern?

Art. 104. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 126 ff. Durch Art. 104 EG. sind die zeitlichen Beschränkungen für die Rückforderung zu Unrecht erhobener Stempelabgaben auch für die Rückforderung der davon laufenden Zinsen aufrechterhalten (PrStempStG. v. 31. 7. 95 § 26).

Art. 109. Vgl. zu Artt. 3, 77. 1. **RG.** JW. **05** 131, R. **05** 226 (1017), EisenbE. **21** 391; GruchotsBeitr. **49** 1132, EisenbE. **21** 76, 77, 153, 154. Zu den durch Art. 109 aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Bestimmungen gehören § 75 Einl. und § 31 I. 8 ALR. Hieraus folgt die Schadensersatzpflicht des Kleinbahnunternehmers für Eingriffe in das Nachbareigentum, z. B. durch Funkenüberwurf, die wegen Konzessionierung der Kleinbahn mit der Eigentumsfreiheitsklage nicht abgewehrt werden können. (Vgl. **RG. 58** 130, JW. **04** 360.) Vgl. auch o. § 249 BGB. Ziff. 1 a.

2. R. **05** 170 (801) (KG.). § 75 Einl. z. ALR. ist durch Artt. 109 EG. und Art. 89 PrAGBGB. aufrechterhalten und verpflichtet bei Eingriffen in Privatrechte den Staat, demjenigen, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen. Die Entschädigungspflicht trifft jedoch den Staat dann nicht, wenn der einzelne vom Staate oder seinen Behörden genötigt wird, seine besonderen Rechte zum Vorteile anderer Staatsangehöriger aufzuopfern. Dann sind diejenigen bestimmter Kreise und Personen, welchen die Aufopferung des Rechtes zum Vorteile gereicht, ersatzpflichtig.

3. EisenbE. **21** 257 (KG.). Nach § 82 Abs. 2, § 83 RGBO. in Verb. mit Artt. 3, 109 EGBGB. gelten für das Gebiet der Enteignung die Vorschriften der Grundbuchordnung nur insoweit, als sich aus dem in erster Linie maßgebenden Landesrecht, also namentlich PrEnteigG. v. 11. 6. 74 selbst, nicht ein anderes ergibt.

Art. 115. Geiershöfer, Die Grenzmauer, insbesondere der Grenzmauervertrag, R. **05** 402 ff., gibt 405, 406 eine Übersicht der auf Grund der Artt. 115, 124 EG. erlassenen Landesgesetzgebung.

Art. 124. Vgl. zu Artt. 115, 181, 184. 1. PuceltsZ. **05** 601, das. 52 ff. (RheinA. **101** I 6) (Köln). Durch Art. 23 § 2 PrAGBGB. sind Artt. 658, 660 Code civil aufrechterhalten, wonach bei Scheidemauern (murs mitoyens) jeder Angrenzende auch gegen den Willen des anderen die Mauer erhöhen und dem Nachbar die Benutzung des Aufbaues verbieten kann, bis dieser für die Hälfte des zu benutzenden Teiles Ersatz der Baukosten geleistet hat. Dieser Rechtssatz

gilt sowohl für Erhöhungen gemeinschaftlicher Mauern, die vor und nach dem 1. 1. 00 vorgenommen sind, als auch für die Errichtung einer ganzen Scheidemauer halb auf dem eigenen, halb auf dem Nachbargrundstück.

2. SeuffBl. **05** 449 (BayObLG.). Das Anwenderecht fällt unter Art. 124 Der Besitzer des Nachbargrundstücks ist berechtigt, dessen Kulturart zu ändern, auch wenn dadurch die Ausübung des Rechtes zur Anwende unmöglich gemacht wird.

3. HansGZ. **05** Beibl. 97 (Hamburg). Es ist gleichgültig, ob die Beschränkung in einem Dulden oder in der Verpflichtung zur Ausübung einer Tätigkeit (Dichtung von Knicks) besteht.

Art. 133. 1. Gareis, Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten, SeuffBl. **05** 308 ff. An Begräbnisstätten besteht das gewöhnliche privatrechtliche Eigentum des BGB., und zwar trotz Art. 133 EG. auch an öffentlichen; denn der Vorbehalt des Landesrechts bezieht sich nur auf das Recht zur Benutzung eines Platzes auf einer der öffentlichen Begräbnisstätten, nicht auf das Recht an dieser Begräbnisstätte selbst. Für diese gilt das gewöhnliche Grundbuchrecht (BGB. §§ 873—902, 925 ff.), und das privatrechtliche Eigentum an Begräbnisstätten kann nur Alleineigentum einer natürlichen oder einer juristischen Person oder Miteigentum solcher nach §§ 1008—1011 BGB. sein. Die besonderen Rechtsvorschriften der Artt. 131, 181, 182 EG. kommen hier nicht in Betracht. —

2. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 383, 384. Wenn das Recht der klagenden Kirchengemeinde auf Mitbenutzung an dem Kirchhofe (Begräbnisrecht) bereits durch unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechtes vor dem 1. 1. 00 begründet war, so besteht es auch nach diesem Zeitpunkte für die Mitglieder der Gemeinde fort. Nach gemeinem Rechte können an Kirchhöfen privatrechtliche Befugnisse entstehen; eine Kirchengemeinde kann an dem Kirchhof einer anderen, auch wenn solche verschiedenen Bekenntnissen angehören, ein dingliches Recht auf Begräbnisse für ihre Mitglieder erwerben.

Art. 134. 1. OLG. **10** 4 (KG.). Die Bestimmungen der §§ 77—84 II. 2 ALR. über die Religionsmündigkeit der Kinder aus religiös einheitlichen Ehen gelten auch in der Rheinprovinz, und zwar nicht nur für die Kinder aus Mischehen.

2. RheinARV. **22** 75, ZBlFG. **5** 726, 565, OLG. **10** 3 (KG.). Die religiöse Erziehung bildet, soweit nicht Landesrechte (Art. 134 EG.) ausdrückliche Bestimmungen enthalten, einen Bestandteil des allgemeinen Erziehungsrechts, steht also bei unehelichen Kindern in der Rheinprovinz der Mutter, oder, wenn deren Sorgerecht ruht oder sie verstorben ist, dem Vormunde zu (§ 1707 BGB., Art. 3 EG., §§ 1677, 1686 BGB.). In die Entschließungen des Vormundes hat das Vormundschaftsgericht nur bei Pflichtwidrigkeiten einzugreifen, z. B. wenn der Vormund die religiöse Erziehung gesetzwidrig bestimmt (§ 1837 BGB.).

3. KGJ. **28** A 12, R. **05** 41 (180), OLG. **10** 6 (KG.). Die Vorschriften des ALR. II. 2 § 753 über die religiöse Erziehung der Pflegekinder haben seit dem Inkrafttreten des BGB. keine Geltung mehr. Die bestehenden Pflegekindschaftsverhältnisse haben ihre Wirksamkeit verloren.

4. OLG. **10** 2 (Kiel). Der Satz des gemeinen Rechtes, daß die Mutter durch Wiederverheiratung das Recht auf Bestimmung der religiösen Erziehung der Kinder verliert, ist in Schleswig-Holstein bestehen geblieben.

Art. 135. I. 1. Meyer, PrVerwBl. **26** 249 ff. Die Kosten der Heilung eines zur Fürsorgeerziehung überwiesenen, vor der endgültigen Unterbringung durch den Provinzialverband erkrankten Kindes trägt der Ortsarmenverband ohne Erstattungsanspruch gegen den Provinzialverband, da die Fürsorgeerziehung überhaupt erst nach gewissen Vorbereitungen (Ermittelungen zwecks Entschließung über

die Art der Unterbringung) beginnen kann, namentlich aber im Fall erheblicher Krankheit eben deshalb in vielen Fällen hinausgeschoben werden muß. Der Ortsarmenverband ist zum alsbaldigen Eingreifen verpflichtet, einen Erstattungsanspruch nach § 62 UWG. hat er nicht, weil dem Unterstützten kein „Recht“ gegenüber dem Provinzialverbande zusteht. — AA. Markull, PrVerwBl. **26** 421 ff. Der Provinzialverband hat gegen die Fürsorgezöglinge eine Unterhaltspflicht, entsprechend der der Eltern, und demgemäß haben die Zöglinge ein Recht auf diesen Unterhalt. Im übrigen vertritt er den schon früher (PrVerwBl. **24** Nr. 37) eingenommenen Standpunkt, daß die Kosten der Unterbringung in einem Krankenhause den Provinzialverband treffen, im Anschluß an das OVG. v. 27. 5. 04 (s. o.). — Über Unfall- und Invalidenversicherung der Fürsorgezöglinge Appelius, PrVerwBl. **26** 681 ff.

2. PrVerwBl. **26** 470 (BAH.). § 10 PrFürsErzG. ergibt die Befugnis des Kommunalverbandes zur zeitweiligen Unterbringung der Zöglinge in einem Krankenhause, solange es deren körperlicher oder geistiger Zustand erfordert. Gestattet dieser Zustand nicht die sofortige Überführung in eine Familie oder Erziehungsanstalt, so ist damit nicht die Unterbringungspflicht des Kommunalverbandes bis zur Zeit der Wiederherstellung ausgeschlossen, vielmehr die Unterbringung in einer Krankenanstalt die dem FürsErzG. entsprechende Weise (§ 14), da sie nicht auf einen Krankheitsfall nach Einleitung der Fürsorgeerziehung beschränkt ist.

3. PrVerwBl. **26** 964 (Köln). Die Übernahme zur Fürsorgeerziehung durch den Kommunalverband hat sofort nach Rechtskraft des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses zu erfolgen, ohne Anerkennung von Gründen des Aufschubs im Gesetze; insbesondere ist Krankheit kein Hindernis, der Kommunalverband hat für Heilung zu sorgen. Ist diese auf Kosten des Ortsarmenverbandes erfolgt, so kann dieser Erstattung verlangen, aber nicht auf Grund des § 62 UWG., da das Kind kein Recht auf Unterbringung gegen den Kommunalverband hat, wohl aber auf Grund der §§ 677 ff. BGB. (Geschäftsführung ohne Auftrag).

4. PrOVG. **45** 430, PrVolksschulA. **4** 238. Unterbringung eines Fürsorgezöglinges in einer Krankenanstalt ist zulässig, sofern und solange der körperliche oder geistige Zustand sie erfordert, auch wenn dies schon bei Anordnung der Fürsorgeerziehung der Fall war. Die Ausführung der rechtskräftig beschlossenen Fürsorgeerziehung darf vom Kommunalverbande nicht um deswillen abgelehnt werden, weil er die Erreichung des Erziehungszwecks nicht für möglich hält; ebensowenig darf er aus diesem Grunde die Fürsorgeerziehung aufheben.

5. **RG.** (Strafs.) **37** 366, PrVolksschulA. **4** 245. Ein auf dem Transporte, der seine zwangsweise Zurückführung in die Anstalt bezweckt, entlaufener Fürsorgezögling ist Gefangener im Sinne der §§ 120, 121 StGB.

II. Reichau, ZBlFG. **6** 400 ff., vertritt gegen KGJ. **24** A 37 (s. JDR. **1** zu Art. 135 Ziff. 9 Abs. 2) die Ansicht, daß das Gericht auch die Aufhebung der Fürsorgeerziehung unter Vorbehalt des Widerrufs beschließen kann, gibt aber auch in diesem Falle dem Kommunalverbande das Recht des Widerrufs; ebenso vertritt er gegen KGJ. **25** A 35 (s. JDR. **2** zu Art. 135 Ziff. 14) die Meinung, daß der die Aufhebung der Fürsorgeerziehung betreffende Beschluß mit einfacher Beschwerde anfechtbar ist.

III. 1. Entgegen der JDR. **2** zu Art. 135 Nr. 7 mitgeteilten Entscheidung des OLG. Celle (OLG. 7 98) vertritt Gorden, PrVerwBl. **26** 247 ff., die Ansicht, daß der Ortsarmenverband an den Kosten der vorläufigen Unterbringung unter keinen Umständen beteiligt ist: im Falle der im Interesse der Kontinuität der Erziehung wünschenswerten Belassung des Zöglinges in derselben Anstalt werden daher die Überführungskosten dem Armenverband erspart, ein für die ganze

Dauer des Anstaltsaufenthalts gezahltes Einkleidungsgeld hat aber der Ortsarmenverband zu erstatten. — AA. Adam, PrVerwBl. **26** 352 ff. Im Falle der endgültigen Unterbringung sind die Kosten der vorläufigen Unterbringung Kosten der Fürsorgeerziehung und als solche zu behandeln, unterliegen also auch den §§ 15 und 16 PrFürsErzG. Die vorläufige Unterbringung ist eine Maßregel rein erziehlicher Natur; die Gefahr, die im Verzug ist, muß unter § 1 FürsErzG. fallen; von dem endgültigen unterscheidet sich der vorläufige Fürsorgeerziehungsbeschluß nur dadurch, daß jener den Nachweis der Voraussetzungen erfordert, während hier die Wahrscheinlichkeit ihres Vorliegens in Verbindung mit der Notwendigkeit sofortiger Entfernung des Kindes genügt; daher ist die vorläufige Unterbringung ebenso wie die endgültige in einer Erziehungsanstalt, auszuführen.

2. BayObLG. **6** 42, R. **05** 109 (466), SeuffBl. **05** 202, ZBlFG. **5** 727. Die zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendige Unterbringung in einer Familie oder Anstalt, die als eine die Personensorge beschränkende Maßregel nur auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts statthaft ist, fällt, sofern sie auf öffentliche Kosten zu erfolgen hat, nicht unter Art. 11 Abs. 2 Nr. 4 (n. F.) BayG. über die öffentliche Armen- und Krankenpflege v. 29. 4. 69, sondern ist Zwangserziehung im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Ziff. 3 BayG. v. 10. 5. 02.

3. BayObLG. **6** 180. Die Anordnung der Zwangserziehung ist zur Unterbringung in einer Familie oder Anstalt nur dann notwendig, wenn zur Durchführung der Maßregel die im Art. 8 G. v. 10. 5. 02 bestimmten öffentlichen Mittel in Anspruch genommen werden müssen. Andernfalls hat das Vormundschaftsgericht in Anwendung des § 1666 BGB. freie Hand, mögen die Kosten aus dem Mündelvermögen, von unterhaltspflichtigen Verwandten oder freiwillig von der Gemeinde oder Armenpflege bestritten werden.

4. SächsOLG. **26** 230, FischersZ. **29** 313 (Dresden). § 50 SächsG. v. 18. 6. 98 trifft auch Fortbildungsschüler. Die Zwangserziehung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vater die Unterbringung selbst wünscht, es wird dadurch eine von dem Willen der Eltern auch in ihrer Fortdauer unabhängige Erziehung ermöglicht.

IV. 1. Über Aussetzung des Verfahrens als besondere Maßregel s. o. § 1666 BGB. Ziff. 2.

2. KGJ. **30** A 60, RheinAKV. **23** 142 (KG.). Für das preußische Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist im allgemeinen eine Aussetzung des Verfahrens durch Gerichtsbeschluß beim Vorliegen besonderer sachlicher Gründe nicht unzulässig. Dies gilt an sich auch für das Fürsorgeerziehungsverfahren. Das im § 4 geordnete Antrags- und Beschwerderecht gewisser Behörden führt aber zu der Einschränkung, daß eine Aussetzung nicht gegen deren Willen stattfindet; sie haben ein Recht auf Fortsetzung und materielle Entscheidung.

3. FrankfRundsch. **39** 10 (KG.). Für die Anordnung der vorläufigen Unterbringung nach § 5 PrFürsErzG. ist allein das Gericht zuständig, das überhaupt über die Unterbringung zur Fürsorgeerziehung zu befinden hat (§ 36 FGG.).

4. Über die Entscheidung JDR. **3** Art. 135 Nr. 7h s. o. zu Art. 29 EG.

5. PosMSchr. **05** 172 (KG.). Pflegerbestellung im Fürsorgeerziehungsverfahren ist nicht erforderlich; der Vater ist nicht gesetzlich verhindert, Vater und Kind sind nicht Parteien, dieses vielmehr Gegenstand amtlicher Fürsorge; notwendig ist die Pflegerbestellung nur, wenn dem Vater die Vertretungsmacht nach §§ 1630, 1796 BGB. entzogen wird, ehe die Anhörung nach § 4 FürsErzG. erfolgt ist.

6. BadRpr. **05** 154 (Karlsruhe). Die Zwangserziehung nach dem BadZw. ErzG. ist eine subsidiäre Maßregel.

7. LG. Köln, RheinARB. **23** 135. Antragsbehörde nach § 4 Abs. 1 Pr. FürsErzG. ist sowohl die des Wohnsitzes als die des Aufenthalts des Minderjährigen. Die Zustellung des Beschlusses nach § 4 Abs. 3 a. a. O. hat nur an die tatsächlich antragstellende Behörde zu erfolgen; ist kein Antrag gestellt, so genügt Zustellung an eine Behörde, regelmäßig die des Wohnsitzes. Die Behörden, denen hiernach nicht zuzustellen ist, haben auch kein Beschwerderecht.

8. LG. Köln, RheinARB. **23** 139. Das Amtsgericht kann einen Beschluß auf vorläufige Unterbringung wegen veränderter Umstände selbst wieder aufheben; § 13 FürsErzG. ist hier nicht anwendbar.

9. DJZ. **05** 174 (PrOVG.). Nach rechtskräftig angeordneter Fürsorgeerziehung darf der Kommunalverband die Ausführung nicht ablehnen, wenn eine unheilbare Krankheit der Einwirkung auf den Zögling mittels erzieherischer Maßnahmen entgegensteht; es ist vielmehr die Unterbringung in eine Krankenanstalt geboten, durch welche das völlig sittliche Verderben wenigstens verhütet werden kann, es sei denn, daß die Schwere der Krankheit einen Transport ausschließt. Der Kommunalverband ist auch nicht befugt, die Fürsorgeerziehung aufzuheben, wenn er wegen Krankheit den Fürsorgezweck für unerreichbar erachtet; § 13 PrFürsErzG. gestattet diese nur im Falle der Erreichung oder anderweiter Sicherstellung des Zweckes.

10. DJZ. **05** 73 (RVA.). Haftpflicht für Unfälle eines Fürsorgezöglings.

11. **a)** **RG.** (Strafs.) **37** 416, JW. **05** 552, PrVolksschulA. **4** 247 zu § 21 PrFürsErzG. 2. 7. 00. Die Entziehung umfaßt alle auf den Fortbestand der Entrückung des Zöglings aus der Anstalt oder Familie gerichteten oder dafür ursächlichen Handlungen, z. B. Unterkunftsgewährung im Bewußtsein, daß dadurch die tatsächliche Ausübung der Fürsorgeerziehung unmöglich gemacht wird. — **b)** **RG.** (Strafs.) DJZ. **05** 1124. Wenn auch die Entziehung schon damit gegeben ist, daß sich der Zögling aus der Anstalt entfernt, um dauernd wegzubleiben, so dauert die Entziehung doch so lange fort, als der Zustand währt, vermöge dessen er der Aufsicht entrückt ist. Solange er diesen gesetzwidrigen Zustand aufrechterhält, kann ihm hierzu Beistand geleistet werden.

V. 1. Köhne, DJZ. **05** 579 ff., macht Vorschläge zur Verbesserung und Beschleunigung des Fürsorgeerziehungsverfahrens, Verbindung der Strafrechtspflege gegenüber Jugendlichen mit der vormundschaftsrichterlichen Tätigkeit nach Analogie der amerikanischen Jugendgerichte. Näheres o. BGB. § 1666 Ziff. 3.

2. KGJ. **29** A 34 (KG.). Die Überweisung an die Familie durch den Strafrichter nach § 56 Abs. 2 StGB. hat nur die Bedeutung, daß von der Anordnung einer Erziehungsmaßregel abgesehen werden soll, sie steht deshalb nicht, wie die strafrichterliche Anordnung der Erziehung in einer Anstalt, der landesrechtlichen Fürsorgeerziehung entgegen.

3. KGJ. **29** A 37, PrVolksschulA. **4** 242 (KG.). Für die Dauer der Fürsorgeerziehung hat die Verwaltungsbehörde die Vorschriften über religiöse Erziehung anzuwenden und durchzuführen (§§ 18, 9 Abs. 1 Satz 2 u. 3 Fürs. ErzG.), unter Überwachung der staatlichen Aufsichtsbehörde. Das Vormundschaftsgericht hat auf die Anwendung und Durchführung dieser Vorschriften keinen maßgebenden Einfluß, seine Tätigkeit beschränkt sich auf die Sorge für die gesetzliche Vertretung in dem Falle, daß eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde (oder den Minister) erhoben werden soll.

VI. *Kluge, Über die Behandlung und Unterbringung physisch abnormer Fürsorgezöglinge, MSchrKrimPsych. **2** 232—241, gelangt auf Grund von Erfahrungen in zwei Provinzialanstalten für bildungsfähige Idioten und für

Epileptische zu dem Ergebnisse, daß alle nervösen, schwachsinnigen, hysterischen und epileptischen Knaben und Mädchen schon erheblich früher, als es geschah, in die Hand des Arztes gehört hätten. Der Arzt könne seiner Aufgabe an den krankhaft veranlagten und defekten Kindern und Jugendlichen nur gerecht werden, wenn er allein den Behandlungsplan bestimmen kann und wenn ihm für alle Einwirkungen religiöser Art, und solche der Erziehung, des Schulunterrichts und der Beschäftigung die ausschlaggebende Stimme zusteht.

Art. 136. OLG. **10** 14 (KG.). Da das Vormundschaftsgericht auch über den Gemeindevormund, dem alle Rechte und Pflichten übertragen sind (Art. 78 PrAG.), die Aufsicht zu führen hat, kann es seine Namhaftmachung verlangen, ebenso wegen seiner Befugnis, einen anderen Vormund zu bestellen. Lehnt die Gemeinde die Namhaftmachung ab, so kann die Bestellung eines anderen Vormundes gerechtfertigt sein.

Art. 141. 1. *Jastrow, BuschsZ. **34** 516, bezeichnet die in vielen systematischen und kommentatorischen Werken enthaltene Angabe, daß Württemberg zu den Bundesstaaten zähle, in welchen die Zuständigkeit der Gerichte zur Beurkundung von Rechtsgeschäften ausgeschlossen sei, als irrig.

2. Schneider, Zum bayerischen Übergangsrechte, BayRpflZ. **05** 6 ff., s. o. BGB. § 313 zu I 2.

Art. 143. 1. KGJ. **29** A 135, B 69 (KG.). Die Befugnis zur Beurkundung von Grundstücksveräußerungen durch den auf Grund des Art. 12 § 2 PrAGBGB. bestellten Beamten erstreckt sich nur auf die obligatorische Verpflichtung zur Eigentumsübertragung. Für die dingliche Erklärung (z. B. die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung) oder Nebenerklärungen (z. B. Vollmachtserteilung oder Unterwerfungsklauseln) ist die Vorschrift des § 29 GBO. maßgebend. Vgl. OLG. **6** 41.

2. ZBlFG. **5** 566, 567, OLG. **10** 35 (KG.). Die Auseinandersetzung umfaßt sowohl die gegenseitige Überweisung von Vermögenswerten auch aus dem eigenen Vermögen, als auch zu diesem Zwecke abgegebene Abtretungserklärungen, Umschreibungsbewilligungen und Anträge. Deshalb fällt auch die Erteilung einer gemeinschaftlichen Vollmacht zur Auflassung des Nachlaßgrundstücks unter die Auseinandersetzung. Wo von der Ermächtigung im Art. 143 Abs. 1 EG. Gebrauch gemacht ist, kann auch die Erklärung der Auflassung Bestandteil der Auseinandersetzung sein (Art. 143 Abs. 1 EGBGB, § 99 GBO).

Art. 145. Literatur: Neumiller, Streitfragen aus dem bayerischen Hinterlegungsrechte, BayRpflZ. **05** 14, 91, 116, 357.

Art. 147. S. zu Artt. 64 ff. — SächsOLG. **26** 478. Der Vorbehalt des Abs. 1 Art. 147 ist eine Ausnahme; ihr Vorliegen hat nicht die Befreiung von der Leistung der Rechtshilfe zwischen den Gerichten und der als Vormundschaftsbehörden fungierenden anderen Behörden zur Folge.

Vierter Abschnitt. Übergangsvorschriften.

Art. 163. OLG. **10** 56 (Frankfurt a. M.). § 54 Abs. 3 BGB. findet auch auf ältere nicht rechtsfähige Vereine Anwendung. Art. 170 EG. steht dem nicht entgegen. S. zu Art. 170 II 2.

Art. 164. BayRpflZ. **05** 453, SeuffBl. **05** 647 (München). Zu den Verbänden, für welche nach Art. 164 EGBGB. die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft geblieben sind, gehören auch die sog. Alpengenossenschaften. Den einzelnen Mitgliedern solcher Verbände ist das Recht, einseitige Teilung zu verlangen, entzogen. In den Fällen, in denen die Aufhebung der Gemeinschaft nach dem bisherigen Rechte vom einzelnen Teilhaber nicht begehrt werden kann, greifen auch die §§ 749 Abs. 2, 751 Satz 2, 1010 BGB. nicht Platz, da diese

Bestimmungen sich nur auf die vertragsmäßige Ausschließung des Rechtes auf Aufhebung der Gemeinschaft beziehen, nicht aber auf die in der objektiven Rechtsnorm selbst wurzelnde Ausschließung der Teilung.

Art. 168. SeuffBl. **05** 293 ff. (BayObLG.). Soweit gewohnheitsrechtlich vor dem 1. 1. 00 der Rechtssatz Geltung erlangt hat, zur Sicherung von Forderungsrechten Verfügungsbeschränkungen zu vereinbaren, die durch Eintragung in das Hypothekenbuch dingliche Wirkung erlangten, sind sie nach Art. 168 EG. wirksam geblieben; neue Beschränkungen solcher Art können aber seit dem 1. 1. 00 nach § 137 BGB. nicht mehr entstehen. S. auch Kober, das. 265.

Art. 169. 1. *Herbst, BayRpflZ. **05** 199. Für die Berechnung der kürzeren Verjährungsfrist nach Art. 169 Abs. 2 Satz 1 EG. findet die Vorschrift des § 201 Satz 1 BGB. keine Anwendung. Es endet daher z. B. eine zweijährige Frist mit dem Ablaufe des 31. 12. 01, nicht 02.

2. Rechtsprechung (s. auch zu Artt. 170, 171). **a)** **RG.** BadRpr. **05** 196 ff., 249; **RG. 59** 388 ff., R **05** 531 (2131). Die Vorschriften der Artt. 169, 170 EG. gelten auch für das Unfallversicherungsgesetz (§ 96 GewUnfVG. von 1880, § 138 des neuen Gesetzes v. 30. 6. 00 (s. JDR. **3** Entsch. 2e zu Art. 169).

b) **RG.** JW. **05** 335, R. **05** 434 (1774). Rechtskräftig festgestellte Ansprüche sind von der kurzen Verjährung ausgenommen; das bezieht sich jedoch nur auf rückständige, nicht auf künftig fällig werdende Leistungen.

c) EisenbE. **21** 277, R. **04** 634 (24) (Kassel). Die Verjährungsvorschrift des § 470 HGB. findet auch auf Ansprüche gegen die Eisenbahn wegen zuviel erhobener Fracht Anwendung, die vor dem 1. 1. 00 entstanden sind, wenn die einjährige Verjährungsfrist unter der Herrschaft des neuen HGB. zur Zeit der Klagerhebung bereits abgelaufen war.

d) **RG. 60** 74 ff., R. **05** 193, DJZ. **05** 360, 361 (s. auch BGB. § 196 Ziff. 14). Der Anspruch eines Kaufmanns für Leistungen der im § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB. gedachten Art liegt nur dann vor, wenn der Leistende zur Zeit der Entstehung der Forderung Kaufmann war. Der nachträgliche Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch jemand, der zur Zeit der Lieferung der Waren oder der Ausführung der Arbeiten noch nicht Kaufmann war, kann nicht rückwirkend die Forderung zu einer solchen eines Kaufmanns machen. Denn es gehört zum rechtlichen Charakter der Forderung im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1, daß sie als die eines Kaufmanns entstanden ist. Daraus folgt, daß die rechtlichen Erfordernisse zur Erfüllung des Kaufmannsbegriffs nach dem zur Zeit der Entstehung der Ansprüche in Geltung gewesenen Rechte zu bestimmen sind. Wollte man hierbei die spätere Änderung der Gesetzgebung vermöge deren der Gläubiger die ihm bis dahin fehlende Kaufmannseigenschaft erlangte, berücksichtigen, so würde damit auch den außerhalb der Lehre von der Verjährung stehenden Bestimmungen des BGB., sofern sie nur zu jener in irgendwelcher Beziehung stehen, rückwirkende Kraft für die Zeit vor Eintritt der Geltung des BGB. beigelegt werden. Dies entspricht nicht der Absicht, die bei Aufstellung der Vorschrift des Art. 169 EG. obgewaltet hat.

e) R. **05** 109 (467) (BayObLG.). Die Ansprüche auf Rückerstattung öffentlicher Abgaben, die vor dem Inkrafttreten des BGB. zu Unrecht erhoben wurden, verjähren in drei Jahren vom Zahltag an (Artt. 125, 127 BayAGBGB., Art. 267 BayG. über das Gebührenwesen in der Fassung vom 6. 7. 92).

f) ElsLothZ. **05** 466 (Colmar). Wenn die Verjährungsfrist für einen aus einer strafbaren Handlung vor dem 1. 1. 00 entstandenen Schadensersatzanspruch nach den bisherigen Gesetzen früher abläuft als die im BGB. bestimmte kürzere, so ist die Verjährung mit dem Ablaufe der längeren Frist des alten Rechtes vollendet (Art. 169 Abs. 2 BGB.). Ist aber der Schadensersatzanspruch vor

dem 1. 1. 00 aus einer nur im zivilrechtlichen Sinne der Artt. 1382 ff. Code civil unerlaubten Handlung entsprungen, so greift nach Art. 169 Abs. 2 Satz 1 EG. in Verbindung mit § 852 BGB. an Stelle der Verjährungsfrist des alten Rechtes von dreißig Jahren die kürzere Frist des neuen Rechtes von drei Jahren von dem Zeitpunkt an Platz, in dem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen tatsächlich Kenntnis erlangt hat.

g) (Bay. Recht: Artt. 122, 124, 126 AGBGB.) BayVerwGH. **25** 408, BayRpflZ. **05** 87. Die Verjährung von Kirchtrachten des bayerischen Rechtes, die vom 1. 1. 04 an fällig geworden sind, richtet sich nicht nach den Bestimmungen in Artt. 122, 124, 126 BayAGBGB. sondern nach den sinngemäß anzuwendenden Vorschriften der §§ 197, 201 BGB. Auf die Verjährung von Kirchtrachten, die vor dem 1. 1. 00 fällig geworden sind, finden die Vorschriften des Gesetzes vom 26. 3. 59 über die Verjährungsfristen in Verbindung mit Art. 169 EG. Anwendung.

Art. 170. I. Allgemeines. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 169, 171, 192, 213. — 1. Inhalt der Schuldverhältnisse. — **a**) **RG.** R. **05** 648 (2693). Auch wenn für ein Schuldverhältnis, weil es vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, die früheren Gesetze maßgebend sind, so ist doch ein nach dem 1. 1. 00 ausgesprochener Verzicht des Gläubigers als rechtsaufhebende neue, sich nicht aus der inneren Entwickelung des Rechtsverhältnisses ergebende Tatsache nach neuem Rechte zu beurteilen. — **b**) **RG.** JW. **05** 132, R. **05** 226 (1018). Wenn nach Art. 170 EG. für ein vor dem Inkrafttreten des BGB. entstandenes Schuldverhältnis die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben sollen, so muß die Weiterentwickelung des Schuldverhältnisses auch dann nach ihnen beurteilt werden, wenn die für deren Gestalt erheblichen Tatsachen, welche die aus der Nichterfüllung oder verspäteten Erfüllung sich ergebenden Veränderungen des Leistungsinhalts bewirken, sich erst nach dem 1. 1. 00 vollziehen. Durch eine Stundung oder ein Anerkenntnis wird hieran nichts geändert. — **c**) R. **05** 136 (605) (BayObLG.). Die Frage, ob und inwieweit in bezug auf einen nach dem früheren Recht entstandenen Anspruch eine Tatsache als Aufhebungsgrund anzuerkennen ist, betrifft den Inhalt, den Umfang und die Wirkung des Schuldverhältnisses. Hierfür ist das frühere Recht maßgebend. — **d**) **RG.** JW. **05** 485, R. **05** 502 (1959). Wenn der Anspruch auf Vertragsstrafe auf einem unter der Herrschaft des früheren Rechtes geschlossenen Vertrage beruht, so ist es dem Grundsatze des Art. 170 EG. entsprechend, auf diesen Anspruch in seiner Gesamtheit die Vorschriften des zur Zeit seiner Begründung geltenden Rechtes und nur diese Vorschriften namentlich auch insoweit anzuwenden, als es sich um die Frage handelt, ob eine unter dem neuen Rechte vorgenommene Rechtshandlung das Erlöschen dieses Anspruchs zur Folge gehabt hat. — **e**) HansGZ. **04** Beibl. 304, R. **05** 109 (468) (Hans. OLG.). Ist die Vertragsstrafe nach altem Rechte begründet, so ist ihre Herabsetzung ausgeschlossen, auch wenn die Verwirkung der Strafe erst nach dem 1. 1. 00 erfolgt ist.

2. Übertragung der Forderung. — **a**) **RG.** SächsA. **15** 604 ff., R. **05** 474 (1867, 1868). Die Rechtsfolgen einer nach dem 1. 1. 00 vorgenommenen Abtretung von Vertragsrechten, die an sich unter dem alten Rechte stehen, sind nach neuem Rechte zu beurteilen, die Übertragbarkeit aber nach altem Rechte. Die Vorschrift im § 717 BGB. über die Nichtabtretbarkeit von Ansprüchen aus einem Gesellschaftsverhältnisse finden auch Anwendung, wenn der Gesellschaftsvertrag vor dem 1. 1. 00 abgeschlossen, die Abtretung aber später erfolgt ist. Jedoch entscheidet das alte Recht über die Gründe, die zur Auflösung oder Kündigung einer vor dem 1. 1. 00 begründeten Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes

berechtigen oder eine Auflösung der Gesellschaft unmittelbar herbeiführen. — **b)** RG. R. **05** 283 (1342). Ein vor dem 1. 1. 00 vereinbartes Zessionsverbot ist, was seine Rechtswirksamkeit anlangt, auch dann nach dem früheren Rechte (Code civil) zu beurteilen, wenn die Zession selbst nach dem 1. 1. 00 erfolgte. Nach dem BGB. unterliegt die Wirksamkeit einer Zession, die nur zum Zwecke der Einziehung ohne die Übertragung des Gläubigerrechts erfolgt, keinem begründeten Bedenken.

3. Bürgschaft. — **RG.** JW. **05** 486, R. **05** 619 (2560), BayRpflZ. **05** 390. Wenn das Mitbürgenverhältnis vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, so ist darauf das ältere Recht anzuwenden, wenn auch die Zahlung der verbürgten Schuld nach jenem Zeitpunkt erfolgt ist. Insbesondere regelt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Beklagte gegen den Kläger Regreß auf anteiligen Ersatz des von ihm Gezahlten nehmen kann, trotzdem nach altem Rechte.

II. Einzelne Schuldverhältnisse. — 1. Kauf. — **RG.** R. **05** 682 (2853). Bei einem unter der Herrschaft des alten HGB. zustande gekommenen Vertragsverhältnisse bestimmen sich die Folgen des Annahme- und Zahlungsverzugs des Käufers nach dem älteren Rechte, wenngleich der Verzug erst nach dem 1. 1. 00 eingetreten ist. Es ist deshalb der Verkäufer den statt der Erfüllung begehrten Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß Art. 354 HGB. (a. F.) nur unter Ausübung des Selbsthilfeverkaufs zu fordern berechtigt.

2. Gesellschaft (s. auch zu Art. 163). **a)** **RG.** R. **05** 679 (2820) (vgl. die Entsch. u. I 2a). Auf ein vor dem 1. 1. 00 begründetes Gesellschaftsverhältnis bleiben die bisherigen Bestimmungen der Landesgesetze nach Art. 170 EG. auch dann anwendbar, wenn es erst nach dem Inkrafttreten des BGB. in Wirksamkeit treten soll. Der § 723 Abs. 3 BGB. enthält zwingendes Recht; ob das auch wegen des Abs. 1 das. der Fall ist, kann zweifelhaft sein. Soweit diese Bestimmung indessen für den Rücktritt von einem Gesellschafsvertrage wegen eines wichtigen Grundes neben Art. 1871 Code civil in Frage kommt, bedarf es einer Entscheidung dieser Frage nicht, da sich insofern beide Bestimmungen nach ihrem Inhalte decken. (S. auch o. § 723 BGB. Ziff. 2 c.) — **b)** **RG.** R. **05** 619 (2561). Die Bestimmung des § 723 Abs. 3, daß bei Gesellschaften, die auf unbestimmte Zeit eingegangen sind, eine Vereinbarung, wodurch das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder den Vorschriften des Abs. 1 und 2 zuwider beschränkt wird, nichtig ist, findet auch Anwendung auf die vor 1900 entstandenen Gesellschaften. — **c)** BraunschwZ. **05** 94 (Braunschweig). Das Verhältnis der Gesellschafter einer vor dem 1. 1. 00 begründeten Gesellschaft ist grundsätzlich nach altem Rechte zu beurteilen.

3. Unerlaubte Handlungen. — **a)** R. **05** 81 (516) (BayObLG.), ElsLothZ. **05** 267 (Colmar). Für das Schuldverhältnis aus einer unerlaubten Handlung ist der Zeitpunkt der Begehung, nicht der des eingetretenen Erfolges entscheidend, die Schadensersatzpflicht daher nach früherem Rechte zu beurteilen. — **b)** **RG.** JW. **05** 386, R. **05** 645 (2651) s. o. zu § 254 BGB. Ziff. 11.

4. Familienrechtliche Schuldverhältnisse. BadRpr. **05** 203, R. **05** 530 (2117) (Karlsruhe). Für die Unterhaltspflicht (BGB. §§ 1601 ff.) ist vom 1. 1. 00 ab nur das BGB. maßgebend.

Art. 171. **a)** OLG. **11** 313 (Karlsruhe). Art. 171 EG. hat nicht den Sinn, als sei ein Mietvertrag, der nicht zum 1. 1. 00 außer Kraft getreten ist, unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden. Trotz des Eingreifens des neuen Rechtes von dem ersten Termin an, für den nach den bisherigen Gesetzen die Kündigung nach dem Inkrafttreten des BGB. zulässig war, ist der unter dem alten Rechte abgeschlossene Vertrag nach dessen Vorschriften auszulegen.

Die Vertragsbestimmungen behalten ihre Wirksamkeit, sofern sie nicht gegen zwingende Vorschriften des neuen Rechtes (§ 544 BGB.) verstoßen. — **b)** OLG. **11** 314 (Hamburg); ElsLothZ. **05** 559 (Colmar). Art. 171 EG. setzt für Anwendung des neuen Rechtes voraus, daß für beide Teile die Kündigung auf den bestimmten Termin zulässig ist (**RG. 53** 170). — **c)** ElsLothZ. **05** 19 (Colmar), SächsOLG. **25** 518 (Dresden). Auf die vor dem Jahre 1900 abgeschlossenen Miet- und Pachtverträge, die nicht nach dem Inkrafttreten des BGB. für den ersten Termin gekündigt worden sind, für den dies nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist, ist nach Art. 171 EG. noch das alte Recht anwendbar. Hiernach steht dem Vermieter oder Verpächter für die seit dem 1. 1. 00 rückständig gebliebenen Miet- und Pachtzinsen nicht das von der Verjährung der Forderung unabhängige Pfandrecht der §§ 559, 585 BGB., sondern nur das rein akzessorische Vorrecht aus § 20 AGZPO. v. 8. 7. 79 und § 41 Ziff. 2 KO. (a. F.) zu. Die Verjährung von Ansprüchen aus diesen Verträgen, soweit sie unter der Herrschaft des neuen Rechtes begonnen haben, bestimmt sich aber gemäß Art. 169 EG. nach neuem Rechte.

Art. 173. (S. auch zu Art. 181). — 1. PucheltsZ. **05** 37, ElsLothZ. **05** 64 (Colmar). Die französisch-rechtliche aufgelöste Gütergemeinschaft ist nicht eine Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne des BGB. und des EGBGB. Sie untersteht daher dem Art. 181 Abs. 2 und nicht dem Art. 173 EG.; vgl. **RG. 12** 339, **22** 371, **36** 340, **37** 363, **50** 327; OLG. **1** 302, **2** 27 Anm. 1, **5** 426 (KG.); ElsLothZ. **26** 324, 558, **29** 479 (Colmar); IDR. **3** zu Art. 181.

2. **RG.** R. **05** 531 (2132), JW. **05** 301, BadRpr. **05** 165 ff. Die Artt. 173 und 181 Abs. 1 EG. finden auf das Miteigentum des badischen Landrechts (Satz 883) Anwendung.

Art. 181. Literatur: Kober, Zur Einführung des Grundbuchrechts (in Bayern), SeuffBl. **05** 249 ff. — Meyer, DNotV. **05** 393. — Wolf, Das rheinhessische Sachenrecht der Grundstücke in der Gestalt der Zwischenzeit, HessRspr. **5** 137 ff.

Schröder, Die Grenz- und Scheidemauern des Code civil unter dem neuen Rechte, PucheltsZ. **05** 226 ff. Keiner von zwei Nachbarn kann sich für sein Miteigentum an einer streitigen Mauer jetzt noch auf die Rechtsvermutung des Art. 653 Code civil berufen. Selbst wenn man dies annimmt, kann nicht auf Anerkennung des Miteigentums im Sinne des BGB. geklagt werden; denn das eigenartige französisch-rechtliche Miteigentum an Grenzanlagen ist nicht ein durch Art. 181 Abs. 2 EG. aufrechterhaltenes Miteigentum mehrerer an einer Sache, sondern nur eine rechtliche Konstruktion, an deren Stelle jetzt diejenige des BGB. getreten ist.

Art. 182. RJA. **6** 82, WürttZ. **05** 237, R. **05** 576 (2379) (Stuttgart). Unzulässig ist eine Teilung von Stockwerkseigentum, auch wenn eine solche nach Landesgesetz zulässig war, wie es bis zum Inkrafttreten des BGB. in Württemberg der Fall war.

Art. 184. 1. BadRpr. **05** 62, ZBlFG. **5** 806 (Karlsruhe). Obwohl nach Art. 181 Abs. 1 EG. das BGB. auf das zur Zeit seines Inkrafttretens bestehende Eigentum Anwendung findet (§ 94 BGB.), so ist nach § 95 Abs. 1 Eigentum des einen Nachbarn an der auf dem Grundstücke des anderen Nachbarn stehenden Mauerhälfte ausnahmsweise doch dann und deshalb möglich, weil und wenn der Mauerteil in Ausübung einer Dienstbarkeit, also eines Rechtes am Nachbargrundstücke mit diesem verbunden ist. Denn auch das Dienstbarkeitsverhältnis ist nach Art. 184 EG. unberührt geblieben.

2. OLG. **10** 108 (Celle). § 912 BGB. findet auf einen vor dem 1. 1. 00 entstandenen Überbau Anwendung, wenn die Nachbargrundstücke zu einer Zeit,

zu der sie demselben Eigentümer gehörten, bebaut und nach 1900 einzeln von verschiedenen Eigentümern erstanden sind.

3. **RG. 58** 157, JW. **04** 381, ZBlFG. **5** 153. Die Voraussetzungen für die Aufhebung eines vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten dinglichen Vorkaufsrechts gehören zu dessen Inhalt und sind nach dem zur Zeit seiner Entstehung geltenden Gesetze zu beurteilen. Hierunter fällt auch die für die Mitteilung des mit einem Dritten abgeschlossenen Kaufes an den Vorkaufsberechtigten durch ein früheres Gesetz vorgeschriebene Form (im Sinne des Art. 184 EG.).

4. **RG.** JW. **05** 71, R. **05** 81 (317). Unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes konnten vererbliche und veräußerliche Rechte auf die Gewinnung und den Abbau von Petroleum, Kalisalzen u. a. als sog. irreguläre Personalservituten begründet werden. Der Satz des römischen Rechtes, daß die persönlichen Dienstbarkeiten nicht übertragbar seien, hat sich unbedingte Geltung für die mannigfachen, auf deutschem Boden erwachsenen Gerechtsame zugunsten einzelner physischer oder juristischer Personen in Ansehung der Entnahme dem Bergwerksregale nicht unterworfener Bodenbestandteile nicht zu verschaffen gewußt. Die Übertragung eines solchen dinglichen Rechtes ist seit dem Inkrafttreten des Liegenschaftsrechts des BGB. gemäß § 873 BGB. an die Einigung und Eintragung gebunden, selbst wenn das Recht noch nicht in das Grundbuch eingetragen ist.

5. BayObLG. **6** 223, SeuffBl. **05** 506, R. **05** 252 (1140). §§ 1123—1125 BGB. gehören nicht zu den Vorschriften über das Verfahren für den Fall der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung eines Grundstücks. Die Vorschriften über die Erstreckung der Hypothek auf die Mietzinsforderungen gehören zu den Vorschriften über den Inhalt der Hypothek. Die §§ 1123—1125 BGB. sind auf die Hypotheken des bisherigen Rechtes nicht anwendbar. Nach dessen Vorschriften geht das dem Hypothekengläubiger zustehende Recht an dem nach der Eintragung der Beschlagnahme fällig gewordenen Mietzins dem Pfandrecht eines Gläubigers vor, dem keine Hypothek an dem beschlagnahmten Grundstücke zusteht. Es bleiben also bis zur Einführung des Grundbuchs die Vorschriften des bis dahin geltenden Hypothekenrechts für die Wirksamkeit der Immobiliarbeschlagnahme gegenüber einer Pfändung von Miet- und Pachtzinsforderungen maßgebend. S. a. o. zu §§ 1123—1125 BGB.

6. R. **05** 281 (1303), SeuffBl. **05** 705 (BayObLG.). Grunddienstbarkeiten, die durch eine ordentliche Verjährung erworben sind (Fahrtrechte), bleiben auch nach dem Inkraftttreten des BGB. bestehen, und werden durch die Vorschrift des Art. 1 BayAGBGB., die sich nur auf das Herkommen im objektiven Sinne (Gewohnheitsrecht), bezieht, nicht berührt. Weder aus dem Umstande, daß ein gleichartiges Rechtsverhältnis in mehreren Fällen besteht, noch aus dem Bestehen einer für die Zeit der Ausübung mehrerer Fahrtrechte bestehenden Flurordnung kann gefolgert werden, daß es sich nicht um Dienstbarkeiten, sondern, um ein Herkommen handelt.

7. PuchetsZ. **05** 601 ff., RheinA. **101** I 222 (Köln). Die vor dem Inkrafttreten des BGB. im Gebiete des rheinischen Rechtes freiwillig oder durch Richterspruch anerkannten Notwegsrechte bilden keine dingliche Belastung des verpflichteten Grundstücks, sondern einen Teil des erweiterten Eigentumsinhalts des berechtigten Grundstücks. Nach Art. 181 EG. finden auf das zur Zeit des Inkrafttretens bestehende Eigentum die Vorschriften des BGB. Anwendung. Die im Gebiete des rheinischen Rechtes schon vor dem 1. 1. 00 bestehenden Notwege sind demnach von dieser Zeit an dem Rechte des BGB. unterworfen.

8. R. **05** 647 (2674) (BayObLG.). Seit dem Inkraftreten des BGB. kann ein Erbbaurecht mit dem Inhalte nicht begründet werden, daß das Bau-

werk, das der Berechtigte auf dem belasteten Grundstücke haben darf, ein Teil eines Gebäudes ist.

Art. 189. (S. zu Artt. 184, 189, 192). — 1. **RG.** BayRpflZ. **05** 106. Art. 189 EG. bezieht sich nur auf dingliche, nicht auf obligatorische Rechtsverhältnisse. Die obligatorischen Beziehungen aus einem Vertrage über ein Grundstück, der nach dem Inkrafttreten des BGB. geschlossen ist, unterliegen, gleichviel ob das Grundbuch angelegt ist oder nicht, den Vorschriften des neuen Rechtes.

2. R. **05** 502 (1960) (BayObLG.). Die allgemeinen Vorschriften des BGB. über den Einfluß des Irrtums auf die Willenserklärungen finden auch bei Rechtsgeschäften über die Änderung von Rechten an solchen Grundstücken Anwendung, für die das Grundbuch noch nicht als angelegt anzusehen ist.

3. KGJ. **29** A 119, 120 ff., DNotV. **05** 687 (KG.). Wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, namentlich im ursprünglichen Geltungsbereiche der preußischen Grundbuchordnung v. 5. 5. 72, kann in allen Fällen, in denen zur Übereignung gebuchter Grundstücke Auflassung und Eintragung erforderlich sein würden, auch die Übereignung ungebuchter Grundstücke auf andere Weise nicht stattfinden. — Auf Grund eines dem Art. 20 Nr. 2 PrVO. 13. 11. 99 entsprechenden Besitzzeugnisses kann nur derjenige als Eigentümer eingetragen werden, in dessen Person der vorausgesetzte Eigentumserwerb am 1. 1. 00 schon vollendet war. Ein späterer Erwerber muß außerdem einen Erwerbsakt nachweisen, der sich nach neuem Recht außerhalb des Grundbuchs vollziehen konnte.

4. **RG.** JW. **05** 71, ZBlFG. **5** 637. Die Übertragung eines nach früherem Rechte gültig begründeten dinglichen Abbaurechts ist an die Einigung und Eintragung gebunden (§ 873 BGB., Art. 189 EG.). Die Abtretung des Berichtigungsanspruchs (§ 894 BGB.) vermag die Übertragung des Rechtes selbst auch hier nicht zu ersetzen.

5. LG. Konstanz, BadNotZ. **05** 50. Die alten badischen Kostenpfandrechte sind als Maximalhypotheken in die neuen Grundbücher übergegangen.

6. R. **05** 313 (1465) (BayObLG.). In einem notariell beurkundeten Ehevertrag kann neben der Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse auch der Übergang eines zum Gesamtgute der ehelichen Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücks in das Sondereigentum eines Ehegatten als Vorbehaltsgut vereinbart werden. Gemäß den nach Art. 189 Abs. 1 EG. maßgebenden Vorschriften des bisherigen Rechtes war für die Einigung über den Übergang des Eigentums die in Art. 17 BayNotG. von 1861 bestimmte Form erforderlich, die mit der im § 1434 BGB. für den Ehevertrag vorgeschriebenen übereinstimmt. Beide Verträge können also verbunden werden.

Art. 192. 1. *Lammfromm, WürttZ. **05** 65, 97, 129. Eine zur Zeit der Anlegung des Grundbuchs in Württemberg bestehende, durch Mitverpfändung beweglicher Sachen auf einem Grundstücke nach Art. 3 Abs. 2 WürttPfandG. begründete Pfandhaftung beweglicher Sachen ist im Sinne des Art. 192 nicht ein an einem Grundstücke, sondern ein an beweglichen Sachen bestehendes Pfandrecht. Ein derartiges Pfandrecht fällt daher nicht unter Art. 192, sondern unter die Regel des Art. 184 und bleibt also mit dem sich aus den früheren Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen. Vgl. JDR. **2** Ziff. 10 zu Art. 192 EG.

2. *Schürmer, BayRpflZ. **05** 89 ff. Bei Beurteilung der pfandrechtlichen Wirkung einer bayerisch-rechtlichen Hypothek kommt es nicht darauf an, daß eine gültige Forderung schon bei Begründung der Hypothek bestand. Die Entscheidung über das Bestehen eines Pfandrechts hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob nach Maßgabe der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, die zur Hypothekbestellung geführt haben, eine Forderung,

die die Hypothek zu stützen geeignet ist, noch zur Entstehung kommen kann. Besteht solche Valutierungsmöglichkeit, dann erweist sich mit dem Geltungsbeginne des neuen Rechtes die, wenn auch noch nicht valutierte Hypothek in diesem embryonalen Zustande, weil der Keim zur Entstehung des Hypothekenrechts gelegt ist, dennoch lebens- und überleitungsfähig. Erst wenn sich nach Maßgabe des der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts im kritischen Zeitpunkte bereits entschieden hat, daß eine Forderung nicht mehr zur Entstehung kommen kann, also die Existenzmöglichkeit einer Forderung schlechthin verneint werden muß, entfällt auch die Konvaleszenzmöglichkeit und die Umwandlungsfähigkeit ist ausgeschlossen.

3. (S. a. o. zu § 1118 BGB. Ziff. 3 und § 1178). **a)** Über die Frage der sog. Zinsen- und Kostenkautionshypotheken und ihre Verwandlung in Eigentümerhypotheken nach bayerischem Rechte s. Friedländer, BayRpflZ. **05** 464 ff., 508, der sich dafür ausspricht, daß nach Art. 59 BayÜbergG. 9. 6. 99 die Umwandlung jener Hypotheken in Eigentümerhypotheken landesgesetzlich ausgeschlossen werden kann. — Dagegen v. d. Pfordten Anm. 466 das., Anm. 508; Kreß, das. 477 ff., 497 ff. Kober, SeuffBl. **05** 285 ff., ist der Ansicht, daß Zinsen- und Kostenkautionshypotheken, soweit sie der gesetzlichen Haftung unterliegende Nebenleistungen (§§ 1118, 1178 BGB.), zum Gegenstande haben, gegenstandslos sind, aber soweit sie weitergehende Ansprüche umfassen, in Sicherungs- oder Höchstbetragshypotheken überzuleiten sind (§§ 1190 BGB., Art. 192 EG.). Hierzu Beyer, R. **05** 309, SeuffBl. **05** 719 ff. — **b)** Rechtsprechung. α. LG. München I, BayRpflZ. **05** 287, SeuffBl. **05** 430 ff.; BayRpflZ. **05** 350, SeuffBl. **05** 607 ff. (BayObLG.). **RG.** SeuffBl. **05** 729 ff., nimmt in Übereinstimmung mit der Vorentscheidung des ObLG. München an, daß die Kostenkautionshypotheken des bayerischen Rechtes nichts anderes sind als Sicherungshypotheken für einen Höchstbetrag nach § 1130 BGB., die in Eigentümerhypotheken übergehen können. Die Eintragung der Pfändung einer zukünftigen Eigentümerhypothek im Grundbuch ist jedoch unzulässig. — β. **RG.** JW. **05** 301, 302. Aus Art. 184 EG. kann nicht abgeleitet werden, daß für Hypotheken, mit denen ein Grundstück oder ein Bruchteil des Grundstücks zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, die Vorschriften des alten Rechtes über den Inhalt des Eigentums maßgebend bleiben. Vielmehr ist der Auffassung beizutreten, daß das alte Pfandrecht mit seinem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalte, soweit sich nicht aus Artt. 192—195 EG. ein anderes ergibt, das Eigentum mit dem Inhalt erfaßt, den es nach dem Inkrafttreten des BGB. hat. — γ. R. **05** 432 (1753) (BayObLG.) Art. 192 Abs. 1 Satz 2 EG. findet auf eine für künftige Zinsen- und Kostenansprüche bestellte Höchstbetragshypothek des bisherigen Rechtes Anwendung. Für die in eine Sicherungshypothek des neuen Rechtes umgewandelte Höchstbetragshypothek gelten die Vorschriften des BGB. über die Eigentümerhypothek. § 1178 BGB. findet auf eine besondere Hypothek, die für die dort bezeichneten Nebenleistungen bestellt ist, keine Anwendung. Die Pfändung einer möglicherweise zur Entstehung gelangenden Eigentümerhypothek ist unzulässig. — δ. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 1029. Stand nach älterem (z. B. preußischem) Rechte dem nachfolgenden Hypothekengläubiger nach Erlöschen einer Kautionshypothek ein Anspruch auf Aufrückung zu und ist die Kautionshypothek vor dem 1. 1. 00 löschungsreif geworden, so besteht das Aufrückungsrecht auch nach dem 1. 1. 00 fort. — ε. PosMSchr. **05** 129, R. **05** 682 (6854) (Posen). Die Hypothekenvormerkungen des alten Rechtes sind nicht in Hypotheken des neuen Rechtes umgewandelt, aber deshalb nicht aufgehoben, sondern gemäß Art. 184 mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt und Rang aufrechterhalten. — ζ. **RG.** Elf.

LothZ. **05** 84. Das EG. geht im wesentlichen davon aus, daß auf die vor dem 1. 1. 00 an Grundstücken erworbenen Pfandrechte das alte Recht Anwendung findet. Daraus folgt, daß nach Reichsrecht auch bei den nach dem Rechte des BGB. eintragungspflichtigen Pfandrechten an Grundstücken die bloße Unterlassung der Eintragung im Grundbuch, auch nachdem es als angelegt erklärt ist, nicht deren Untergang zur Folge hat. Solche bisher ohne Eintragung dinglich wirksamen Pfandrechte behalten ihren Charakter als dingliche Rechte gegen alle, gegen die sie schon vor dem 1. 1. 00 wirkten. Ihr Inhalt beurteilt sich nach dem BGB., die Landesgesetzgebung kann jedoch an die Unterlassung der Eintragung strengere Folgen knüpfen.

Art. 195. HansGZ. **04** Beibl. 236, ZBlFG. **5** 337, OLG. **10** 126, R. **05** 196 (868) (Hamburg). Unter Grundschuld im Art. 195 EG. ist die Rentenschuld nicht mitzuverstehen, obwohl sie nach § 1199 BGB. eine solche ist.

Art. 199. **RG.** JW. **05** 682, 637. Allerdings bleiben nach Art. 170 EG. für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des BGB. entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend, allein nach Art. 199 EG. bestimmen sich die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht auch für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehen nach dessen Vorschriften. Ein zwischen Eheleuten vor dem Inkrafttreten des BGB. geschlossener, die Unterhaltspflicht der Parteien zueinander regelnder Vertrag wird unwirksam, wenn er den Bestimmungen des BGB. widerstreitet (**RG.** GruchotsBeitr. **45** 79 ff., 82).

Art. 200. I. Literatur. 1. Vogel, BayRpflZ. **05** 281 ff. Art. 200 ist auch für einen zwischen Verlobten, die erst nach dem 1. 1. 00 die Ehe geschlossen haben, vor diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Ehevertrag maßgebend.

2. *Weegmann, WürttZ. **05** 161 ff., 226 ff., 294 ff. Zum Eintritte der nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtlichen Wirkung des Güterstandes dem überlebenden Gatten zustehenden statutarischen Nutznießung ist erforderlich das Bestehen der landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft, dieser auf Grund eines in Württemberg vor dem 1. 1. 00 errichteten Vertrags, zur Zeit des Erbfalls, und weiter der Wohnsitz des Erblassers in Württemberg zur Zeit seines Todes; ob er In- oder Ausländer war, ist unerheblich. Die Anrufung der sogenannten weiblichen Freiheiten, die keiner Form bedarf, schließt den Eintritt der statutarischen Nutznießung nicht aus, sie darf aber nicht vor dem Erbfall erfolgt sein. Dagegen ist erforderlich, daß der überlebende Gatte Erbe wird. Schlägt er aus, so kann er die statutarische Nutznießung nicht erwerben, da sie ein Bestandteil des daneben noch eintretenden Gattenerbrechts ist und neben diesem eintritt. Die Größe des Erbteils selbst aber richtet sich nach dem Rechte des BGB. Die Miterben, auf deren Erbteilen die Nutznießung ruht, müssen tatsächlich Erben werden: ist z. B. ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling von der Erbschaft ausgeschlossen, so ergreift die Nutznießung nicht das, was der Abkömmling kraft seines Pflichtteilsanspruchs erhält. ➳ Dies wird wohl zu weit gehen. Hat der Erblasser in seinem Testament, in welchem er den Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen hat, bestimmt, daß die statutarische Nutznießung auch an dem Pflichtteil bestehen bleiben soll, so wird man dieser Anordnung die Wirkung nicht versagen dürfen. Red. ⇠ Das statutarische Nutznießungsrecht ist nicht Ausfluß des Elternrechts, sondern erbrechtliche Nachwirkung des ehelichen Güterstandes. Die Bestimmungen des BGB. über die elterliche Gewalt hinsichtlich der Verwaltung des Kindesvermögens greifen daher nicht ein. Insbesondere ist der Nutznießer, wenn er Gewalthaber ist, nicht verpflichtet, Geld mündelsicher anzulegen und nach § 1640 BGB. das Kindesvermögen zu verzeichnen. Für das Veräußerungsrecht des

Nutznießers und Gewalthabers an Grundstücken sind aber die Vorschriften des BGB. maßgebend, weil das frühere württ. Landesgesetz dem Vater und auch der Mutter das Veräußerungsrecht nur in ihrer Eigenschaft als Gewalthaber und nicht als statutarische Nutznießer gegeben hat. Dies ergibt sich aus dem festzuhaltenden, leitenden Gedanken, daß nur diejenigen Rechte und Pflichten, die in der statutarischen Nutznießung wurzeln, aufrechterhalten sind, während für die aus der elterlichen Gewalt entspringenden die Vorschriften des BGB. zur Anwendung kommen. Es ist daher je bei den einzelnen Rechten und Pflichten des Nutznießers und der sog. Hinterfallserben eine Untersuchung dahin anzustellen, auf welcher Grundlage sie beruhen. Kommen somit die altrechtlichen Vorschriften kraft des Vorbehalts des Art. 262 AGBGB. verglichen mit Art. 218 EGBGB. zur Anwendung, so können, wenn der Nutznießer Gewalthaber ist, die Vorschriften des BGB. ihre Wirkung solange und soweit nicht entfalten, als die statutarische Nutznießung dauert und die Rechtsstellung des Nutznießers sich erstreckt. Aus der Natur der statutarischen Nutznießung ergibt sich im einzelnen: sie ist eine Erwerbung von Todes wegen, zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben bedarf sie nicht der Eintragung im Grundbuch, der Nutznießer kann auf sein Nutznießungs- und Verwaltungsrecht verzichten, das Nutznießungsrecht ist auch jetzt noch pfändbar und gehört zur Konkursmasse des Nutznießers nach Maßgabe der früheren KO. Die Sicherstellungs-, Unterhalts-, Ausstattungs- und Inventarpflicht richtet sich nach bisherigem Rechte. Ebenso sind die Zwangsmittel, die dem Vormundschaftsgerichte gegen den Gewalthaber zustehen, die Pflichten, die ihm durch seine Wiederverheiratung erwachsen, nach früherem württembergischen Rechte zu beurteilen. Alle diese Rechte und Pflichten sind erbrechtliche Nachwirkungen des Güterstandes.

II. Rechtsprechung (s. auch zu Art. 213). 1. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 968, JW. **05** 132, R. **05** 226 (1019), ZBlFG. **5** 728. Die Rechte der Witwe an dem Vermögen ihres verstorbenen Ehemanns gehören zu denjenigen erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes, die als solche schon vor dem Inkrafttreten des BGB. gelten und daher gemäß Art. 200 EG. auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den Landesgesetzen zu beurteilen sind. Die Bestimmungen des Art. 213 EG. können für die aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften über die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes nicht in Betracht kommen. Die Witwe kann daher ihre Rechte nur auf Grund des bisherigen Rechtes, aber nicht den Pflichtteilsergänzungsanspruch der §§ 2325, 2329 BGB. geltend machen, wenn sie die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. hat verstreichen lassen.

2. R. **05** 80 (295), ZBlFG. **5** 633 (BayObLG.). Die Erklärung des überlebenden Ehegatten, daß er die im BGB. bestimmte Erbfolge ausschlage und auf Grund des bisherigen Landrechts und nach dem bisherigen Güterstande den Nachlaß in Anspruch nehme, hat nicht die Bedeutung der Ausschlagung der Erbschaft im Sinne der §§ 1942 ff. BGB.

3. R. **05** 370 (1676), BayRpflZ. **05** 370 (BayObLG.). Die nach manchen älteren Rechten (Bamberger Recht z. B.) bei ehelicher und fortgesetzter Gütergemeinschaft in gewissen Fällen eintretende Grundteilung bildet ebenso wie die bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach den §§ 1497—1502 BGB. stattfindende Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen einen Bestandteil des ehelichen Güterrechts, ihre erbrechtlichen Wirkungen, die in einer Beschränkung des gesetzlichen Erbrechts der abgeteilten Kinder bestehen und ihren Grund darin haben, daß der den Kindern bei der Grundteilung zukommende Anteil an dem Gesamtgute zugleich als Abfindung in Ansehung des dereinstigen Nachlasses des überlebenden Ehegatten gilt, sind erbrechtliche Wirkungen des Güterstandes, die im Art. 200

Abs. 1 Satz 2 EG. für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehen ausdrücklich vorbehalten und, wie dort als selbstverständlich vorausgesetzt und im Art. 73 BayG. 9. 6. 99 betr. Übergangsvorschriften zum BGB. ausgesprochen ist, auch für die Fälle unberührt geblieben sind, in denen die Ehe schon vor dem Inkrafttreten des BGB. aufgelöst worden ist.

4. KGJ. **28** A 190, ZBlFG. **05** 797 (KG.). Die fortgesetzte Gütergemeinschaft aus einer gütergemeinschaftlichen Ehe des früheren Rechtes ist erbrechtliche Wirkung dieses Güterstandes und bestimmt sich, auch wenn die Ehe erst nach dem 1. 1. 00 durch den Tod aufgelöst ist, gemäß Art. 200 EG. nach altem, nicht gemäß Art. 213 nach neuem Rechte (ZBlFG. **5** 728).

5. BayRpflZ. **05** 452 (München). Die Vorschrift des Art. 200 EG., wonach für den Güterstand der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. bestehenden Ehen die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, gilt auch für die auf einem ausländischen Rechte beruhenden Güterstände (österr. Recht).

6. OLG. **10** 279 (KG.). Verträge, durch welche Eheleute das gesetzliche Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht des Ehemanns vor dem 1. 1. 00 abgeändert haben, sind in ihrer Wirksamkeit und mit den bisherigen Rechtsfolgen bestehen geblieben (Art. 59 § 5 PrAGBGB.).

7. OLG. **11** 286, 287 (Hamm). Der Güterstand früherer Ehen ist nach Art. 200 EG. unberührt geblieben, den Landesgesetzen nach Art. 218 aber die weitere gesetzliche Regelung überlassen. Im PrAGBGB. Art. 59 § 9 ist für die Wirksamkeit der Güterstände der alten Ehen gegenüber Dritten das alte Recht ausdrücklich in allen Beziehungen aufrechterhalten mit Ausnahme des letzten Satzes des Abs. 1. Für alte Ehen bleiben daher §§ 422, 424 II. 1 ALR. und Art. 20 EGBGB. ungeändert auch nach dem 1. 1. 00 in Kraft. Ebenso hat Art. 8 AGHGB. die Übergangsbestimmungen im AGBGB. und damit den Art. 20 PrEG. für alte Ehen unberührt gelassen. Wenn hiernach in alten Ehen nach dem 1. 1. 00 ein Gatte Vollkaufmann wird oder Grundstücke erwirbt, so muß er, wenn der Ausschluß der Gütergemeinschaft seinen späteren Gläubigern gegenüber gelten soll, den Ausschluß in das Handelsregister oder in das Grundbuch eintragen lassen.

8. **RG.** JW. **05** 219, ZBlFG. **5** 797. In Westfalen erfolgt auch bei einer nach dem 1. 1. 00 eingetretenen fortgesetzten Gütergemeinschaft die Beerbung des Verstorbenen nach ALR., nicht nach BGB. (Art. 48 § 1 PrAGBGB., § 1483 BGB., § 7 PrG. v. 16. 4. 60).

Art. 201. 1. **RG. 58** 382, R. **05** 45 (168). Nach Art. 201 erfolgen die Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft vom Inkrafttreten des BGB. an nach dessen Vorschriften. Dasselbe gilt für die Folgen der Scheidung, sofern nicht das Einführungsgesetz Ausnahmebestimmungen enthält. Eine Folge der Scheidung ist das dem einen Ehegatten gegenüber dem anderen allein für schuldig erklärten im § 1584 BGB. gegebene Recht, Schenkungen zu widerrufen. Dies richtet sich also, da Art. 201 EG. auf schwebende Ehescheidungssachen Anwendung findet (**RG. 45** 95 ff.), nach BGB., auch wenn das erste die Scheidung aussprechende Urteil vor, das bestätigende Berufungsurteil aber nach dem 1. 1. 00 erlassen ist.

2. **RG.** JW. **05** 41, R. **05** 136 (606). Die im früheren Rechte vorgeschriebene Kompensation von Ehebrüchen, die beiderseits vor dem 1. 1. 00 begangen sind, findet auch nach dem 1. 1. 00 statt. Sie ist von Amts wegen, ohne daß die Parteien sie geltend machen, vorzunehmen, sobald die Ehebrüche behauptet und bewiesen sind.

3. SächsA. **15** 723 (Dresden). Die Tatbestände der §§ 1566, 1568 BGB. begründeten nach dem früheren Hamburger Rechte nur eine Trennung von Tisch

und Bett auf Zeit. Entgegen der Entscheidung des OLG. Hamburg v. 20. 4. 00 (DJZ. **00** 364) ist aber anzunehmen, daß im Falle des Art. 201 Abs. 2 EG. nicht nur wegen Ehebruchs, sondern auch wegen Lebensnachstellung und wegen des im § 1568 BGB. geschilderten Verhaltens auf Scheidung erkannt werden kann, selbst wenn nach früherem Rechte nur zeitweilige Trennung von Tisch und Bett möglich war.

Art. 202. **RG.** R. **05** 18/19 (60), 165 (703), JW. **05** 110, HansGZ. **05** Beibl. 199. Die Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft muß, auch wenn bereits vor dem Inkrafttreten des BGB. auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett rechtskräftig erkannt worden ist (Art. 202 EGBGB.), den Vorschriften des BGB. (§ 1353) entsprechen. Die dem Trennungsurteile zugrunde liegenden Verfehlungen eines Ehegatten können von dem anderen zur Begründung des Rechtes, die Gemeinschaft zu verweigern, verwertet werden, selbst wenn sie nicht oder nicht mehr geeignet sind, einen Scheidungsgrund abzugeben.

Art. 203. S. zu Artt. 206, 207, 209. DJZ. **05** 868, R. **05** 594 (2449) (Kassel). Das im Gebiete des ehemaligen Kurfürstentums Hessen dem Vater an dem mütterlichen Erbteile seiner Kinder vor dem 1. 1. 00 entstandene lebenslängliche Nießbrauchsrecht gilt auch nach Einführung des BGB. fort.

Art. 206. I. 1. Zitelmann, R. **05** 149 ff. Art. 206 hält das bisherige Recht nicht nur für den Fall und die Dauer des Lebens beider Eltern aufrecht, die bisherigen Gesetze sind vielmehr auch für das Erziehungsrecht des überlebenden Elternteils maßgebend. — Unterschied zwischen BGB. und gemeinem Rechte: der Vater konnte die Mutter von der Vormundschaft und damit von der Erziehung ausschließen, während er dies heute nicht mehr kann; im Falle der Wiederverheiratung hat heute die Mutter ein Recht auf die Erziehung, während es früher im Ermessen der Vormundschaftsbehörde lag, ihr die Erziehung anzuvertrauen.

2. Das OLG. München, BayRpflZ. **05** 44 ff., spricht sich gegen die Ansicht Zitelmanns dahin aus, daß der Gesetzgeber den Art. 206 EG. nur für den Fall hat gelten lassen wollen, daß beide Eltern noch am Leben sind, also nur im Verhältnisse der beiden Ehegatten zueinander, so daß, wenn ein Ehegatte durch den Tod wegfällt, auch die durch Art. 206 gegen Art. 203 geschaffene Ausnahme wegfällt und nach dieser Vorschrift das BGB. uneingeschränkt zur Anwendung zu bringen ist. Ebenso BayObLG., das. 155, 156.

II. Rechtsprechung. 1. BayRpflZ. **05** 155, R. **05** 165 (706), BayObLG. **6** 88, SeuffBl. **05** 238 (BayObLG). Ist eine Ehe nach den früheren Gesetzen geschieden, so gelten bei Lebzeiten beider Eltern für das Recht und die Pflicht der geschiedenen Eheleute, für die Person des Kindes zu sorgen, nach Art. 206 EG. an Stelle des § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. die bisherigen Gesetze. Mit dem Tode des Vaters ist die durch die Scheidung notwendig gewordene Regelung der Sorge für die Person des Kindes weggefallen. Von da an gelangen für das Rechtsverhältnis zwischen der Mutter und dem Kinde die Vorschriften des BGB. auch dann zur vollen Wirksamkeit, wenn der Vater letztwillig anders verfügt hat; denn sein Recht ist durch den Tod erloschen (abw. §§ 1635, 1697 BGB.).

2. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1177, HansGZ. **05** Beibl. 307. Im Falle des Art. 206 bestimmen sich Recht und Pflicht der Personensorge, von den Ausnahmen im Halbs. 2 abgesehen, nach bisherigem Rechte; aber die Frage nach dem Inhalte des Sorgerechts im einzelnen ist nach neuem Rechte zu beurteilen; daher ist der Herausgabeanspruch als solcher nach § 1632 BGB., die Frage, ob dem Kläger dieser Anspruch zusteht, nach früherem Rechte entschieden worden.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 372 ff., SeuffBl. **05** 474, R. **05** 344 (1584). Verträge, die nach früherem Rechte gültig zwischen Eheleuten für den Fall der Scheidung über den Verkehr mit den Kindern aus der geschiedenen Ehe geschlossen worden sind, sind durch das Inkrafttreten des BGB. nicht ungültig geworden.

Art. 207. ZBlFG. **6** 226 (158), R. **05** 594 (2450) (KG.). Soweit das frühere Recht die Ehelichkeit anerkennt, bestimmen sich deren Wirkungen seit 1. 1. 00 nach dem BGB., z. B. § 11. Nach Art. 207 bestimmt das frühere Gesetz auch den Umfang der elterlichen Rechte und nur im übrigen, z. B. wegen der Art der Ausübung, gilt das BGB. Weder nach preußischem noch nach gemeinem Rechte steht aber der ehelichen Mutter Vertretungsbefugnis zu, und sie kann deshalb auch, wenn der Vater bösgläubig gewesen ist, den Wohnsitz nicht bestimmen (§ 8 BGB.).

Art. 208. 1. R. **05** 621 (2583) (BayObLG.). Auf Verletzung einer Vorschrift des Badischen Landrechts kann die Revision dann nicht gestützt werden, wenn es in keinem Teile des Bezirks des Oberlandesgerichts, von dem das angefochtene Urteil erlassen wurde, in Geltung gewesen ist. Sind für die Erforschung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde und für die Unterhaltspflicht des Vaters mit Recht die Vorschriften des Badischen Landrechts der Entscheidung zugrunde gelegt worden, so würde eine unrichtige Anwendung des Satz 340a BadLR. nicht auf irrtümlicher Auffassung des Art. 208 EG., sondern auf Verkennung des Sinnes des Satz 340a beruhen.

2. BraunschwZ. **04** 127, ZBlFG. **5** 127 (Braunschweig). Durch Art. 208 EG. werden nicht nur die bisherigen Vorschriften über die Voraussetzungen und den Inhalt der Unterhaltspflicht, sondern auf die damit untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen mehrerer Landesgesetze (ALR. II. 2 §§ 622, 623) über das Recht des Vaters auf Übernahme des Kindes in eigene Pflege aufrechterhalten.

3. LG. Greifswald, HansGZ. **05** Beibl. 79. Nach früherem Hamburger Rechte bestand die Alimentationspflicht des unehelichen Vaters so lange und in dem Maße, als das Kind gehindert war, seine Selbsterhaltung zu beschaffen. Aber es bestand in Hamburg die Praxis, die Unterhaltsgewährung nur für den Fall der gewöhnlichen 14jährigen Dauer zu ordnen. Deshalb muß die obervormundschaftliche Genehmigung eines Alimentenvergleichs in Übereinstimmung mit dieser Praxis dahin ausgelegt werden, daß sie die außergewöhnliche über das 14. Jahr hinausreichende Unterhaltsgewährung (im Falle der Erwerbsunfähigkeit) unberührt ließ.

4. ElsLothZ. **05** 488 (Colmar). Das in Art. 340 Code civil enthaltene prozessuale Verbotsgesetz ist für solche vor 1. 1. 00 geborenen unehelichen Kinder, die nach den für sie geltenden materiell-rechtlichen Bestimmungen einen Unterhaltsanspruch gegen den Vater erworben haben, nicht mehr in Geltung.

5. Die IDR. **3** zu Art. 208 unter 1 mitgeteilte Entscheidung des **RG.** (JW. **04** 465) findet sich auch ZJPR. **15** 287.

Art. 209. 1. KGJ. **30** A 52 ff. (KG.). Nach gemeinem Rechte hat die vollkommene Adoption den dauernden Verlust der elterlichen Gewalt zur Folge, so daß diese auch mit dem Tode des Adoptivvaters nicht wieder eintritt; doch ist nach gemeinem Rechte der Ausschluß der Erziehungsgewalt der leiblichen Eltern kein unbedingter; sie fällt vielmehr mit dem Tode des Adoptierenden an den leiblichen Vater, eventuell die leibliche Mutter zurück; über das Erziehungsrecht entscheidet die Vormundschaftsbehörde, die letztwillige Anordnungen des Adoptivvaters zu beachten und eventuell die leiblichen Eltern in erster Linie zu berücksichtigen hat, aber auch im Mündelinteresse von jenen Anordnungen absehen und aus triftigen Gründen die Eltern übergehen kann (**RG. 32** 170). Nach Art.

209 ist das Erziehungsrecht aufrechterhalten; die bloße Vormundsbestellung beseitigt es nicht.

2. OLG. **10** 8, R. **05** 136 (604) (Hamburg). Nach Hamburgischem Rechte war das Adoptivkind für das Intestaterbrecht gegenüber der Adoptivmutter dem ehelichen Kinde gleichgestellt. Nochmalige Adoption zur Ergänzung der Wirkungen einer früheren ist auch jetzt noch zulässig.

3. SeuffBl. **05** 148 ff. (dazu Exkurs von Gareis 150, 151) (BayObLG.). Die familiengüterrechtlichen und erbrechtlichen sowohl wie die elternrechtlichen Wirkungen der vor dem Inkrafttreten des BGB. begründeten Einkindschaft bleiben nach dem 1. 1. 00 bestehen. Wenn die leibliche Mutter der eingekindschafteten Kinder gestorben und der Stiefvater noch am Leben ist, ist nicht etwa eine Vormundschaft anzuordnen. Der Inhalt des Eltern- und Kindesrechts bemißt sich nach Art. 203 BGB.

4. OLG. **11** 285, SchlHolstAnz. **05** 135 (Kiel). Ein vor dem 1. 1. 00 errichteter Einkindschaftsvertrag wird unwirksam, wenn die Ehe erst nach dem 1. 1. 00 geschlossen wird, da § 1493 BGB. für den Fall der Wiederverheiratung die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebietet und das Institut der Einkindschaft ausdrücklich abgelehnt hat.

Art. 210. 1. *Salinger, JW. **05** 517 ff. S. eingehend o. zu § 1961 BGB.

2. OLG. **10** 16 (KG.). Auch eine vor 1900 über Gebrechliche eingeleitete Pflegschaft ist auf Antrag des Pflegebefohlenen sofort aufzuheben.

Art. 213. (S. auch zu Artt. 200, 209, 214). — I. Testamentarisches Erbrecht. 1. Auslegung letztwilliger Verfügungen. **a)** **RG. 59** 80, R. **05** 253 (1155), JW. **05** 12, ZBlFG. 5 567 (551b). Der die Rechtswirkung des Testaments bestimmende Wille des Erblassers, dem er durch die Errichtung hat Ausdruck geben wollen, ist, wenn der Erblasser nach dem 1. 1. 00 gestorben ist, nach den Vorschriften des BGB. zu erforschen (§§ 133, 2066 ff., 2084). Die Auslegungsregeln des früheren Rechtes kommen als objektive Rechtsnormen nicht mehr in Betracht, sondern nur als Wille des Erblassers, sofern nach den Auslegungsregeln des neuen Rechtes anzunehmen ist, daß sie zum Inhalte seiner Erklärung gemacht sind. — **b)** **RG.** R. **05** 19 (61), ZBlFG. 5 567 (551b). Für die Beantwortung der Frage, welchen Sinn der nach dem 1. 1. 00 verstorbene Erblasser mit den von ihm gebrauchten Worten in dem vor dem 1. 1. 00 errichteten Erbvertrage verbunden hat, sind die Verhältnisse zur Zeit des Vertragsschlusses maßgebend und deshalb auch die damals gültigen gesetzlichen Auslegungsvorschriften, die zur Klarlegung des Wortsinnes dienen sollen. Vgl. OLG. **9** 391 (BayObLG.) (§ 2069 BGB.). — **c)** BraunschwZ. **04** 127, ZBlFG. **5** 220 (Braunschw.). Bei letztwilligen Verfügungen, die vor dem 1. 1. 00 errichtet sind, wird zur Auslegung des letzten Willens regelmäßig altes Recht heranzuziehen sein, da im Zweifel anzunehmen ist, daß der Erblasser die Wirkungen erreichen will, welche seine Verfügung erzeugt, wenn sie unter der Herrschaft der derzeit geltenden Gesetze wirksam geworden wäre. — **d)** HessRspr. **6** 10 (Darmstadt). Testamente, die vor dem 1. 1. 00 errichtet, aber erst nach diesem Zeitpunkte wirksam wurden, sind nach altem Rechte auszulegen. — **e)** WürttZ. **05** 76 ff., ZBlFG. **5** 798 (Stuttgart). Nach Art. 213 EG. beurteilt sich die Anordnung eines Universalfideikommisses durch Erbvertrag nach ihrem Inhalt und ihrer Wirkung nach dem BGB., wenn der Erbfall nach dem Inkrafttreten des BGB. eingetreten ist; nur die Bindung des Erblassers, also die Verpflichtung, daß jeder Verfügende nicht einseitig, insbesondere nach dem Tod des anderen Verfügenden über seinen Nachlaß soll verfügen können, bestimmt sich nach altem Rechte (Art. 214 Abs. 2).

— **f)** LG. Köln, ZBlFG. **5** 629. Die Stellung des überlebenden Ehegatten auf Grund eines vor 1900 errichteten Ehevertrags ist, soweit es sich um eine letztwillige Verfügung handelt, nach dem zur Zeit des Todes des verstorbenen Ehegatten geltenden neuen Rechte zu beurteilen, insbesondere entscheidet das neue Recht die Frage, ob der überlebende Ehegatte nach dem Ehevertrage Erbe oder Vermächtnisnehmer ist. — **g)** **RG.** GruchotsBeitr. **48** 998. Unter dem Ausdrucke Wertpapiere in einem vor dem 1. 1. 00 unter der Herrschaft des preußischen Rechtes errichteten Testamente sind auch Hypothekenbriefe zu verstehen. — **h)** R. **05** 682 (2851) (Kiel). Die Anordnung in einem vor 1900 im Gebiete des gemeinen Rechtes errichteten Testament, wonach ein Noterbe zum Erben eingesetzt wird, mit der Maßgabe, daß er auf den Pflichtteil beschränkt wird, ist als Erbeseinsetzung aufzufassen.

2. Testamentsvollstrecker. OLG. **11** 255 (KG.). Auf die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in alten Erbverträgen findet, selbst wenn der Erblasser nach 1900 gestorben ist, § 2278 BGB. keine Anwendung. Die Frage, ob ein Vollstrecker nur durch einseitige Verfügung oder auch durch Erbvertrag ernannt werden kann, betrifft nicht die durch Art. 213 geregelten erbrechtlichen Verhältnisse, sondern fällt in das Gebiet des Art. 214. Es handelt sich um eine Bindung des Erblassers, die nach Art. 214² EG. nach dem früheren Rechte zu beurteilen ist, auch wenn der Erblasser den 1. 1. 00 erlebt hat.

II. Einzelfragen. 1. Vermächtnisanwartschaft. SächsOLG. **26** 48, ZBlFG. **5** 332 (Dresden). Zu den bisherigen Gesetzen, die für einen vor 1900 eröffneten Nachlaß nach Art. 213 EG. maßgebend bleiben, gehören auch die altrechtlichen Vorschriften über grundbücherliche Verlautbarung einer altrechtlichen Vermächtnisanwartschaft (§ 114 SächsVO. 9. 1. 65); ihnen müßte gegebenenfalls noch heute nachgegangen werden.

2. Erbrecht der an Kindes Statt angenommenen Personen. ZBlFG. **5** 25 ff. (Jena). Für die Frage, welches Recht bei Beurteilung des Erbrechts eines Adoptivkindes, das unter der Herrschaft des alten Rechtes adoptiert und unter der Herrschaft des neuen Rechtes Erbe geworden ist, angewendet werden muß, ist nicht Art. 170, sondern Art. 213 die maßgebende Norm. Es handelt sich nicht um ein Schuldverhältnis, sondern um das Erbrecht.

3. Erbschaftskauf. ElsLothZ. **05** 400 (Colmar). Der Erbschaftskauf fällt unter den Begriff der erbrechtlichen Verhältnisse im Sinne des Art. 213, wenn er nach altem Rechte damit in engem Zusammenhange steht. Nach französischem Rechte ist er ein rein obligatorisches Rechtsgeschäft, das nur mittelbar durch die Sonderbestimmung des Art. 841 Code civil mit dem Erbrechte zusammenhängt.

4. Altrechtliche Teilungen. ElsLothZ. **05** 401 (Colmar). § 181 BGB. findet auch auf die seit dem 1. 1. 00 vorgenommenen Teilungen altrechtlicher Erbschaften Anwendung.

5. Über das statutarische Erbrecht des überlebenden Ehegatten s. Nr. 1—4 der Rechtsprechung zu Art. 200.

Art. 214. 1. Buka, DJZ. **05** 403, führt entgegen der Rechtsprechung des KG. (KGJ. **22** A 25, **RG.** **50** 316, Planck Anm. II zu § 2271, Niedner, EG. 214 Anm. 56 αα, Habicht, Einw. (3) 762) aus, daß der Widerruf wechselseitiger Testamente aus landrechtlicher Zeit nach dem 1. 1. 00 in den Formen des BGB. und nicht des ALR. (§§ 485 ff. II. 1, §§ 562 ff., 587, 66, 104 ff. I. 12) zu erfolgen habe. —

2. Rechtsprechung (s. zu Artt. 200, 213). **a)** OLG. **11** 232, R. **05** 682 (2855) (KG.). Während die Errichtung der aus der Zeit vor 1900 stammenden letztwilligen Verfügungen nach altem Rechte zu beurteilen ist, kommt für Inhalt

und Wirkung das BGB. zur Anwendung. Für Auslegungsregeln gilt dies jedoch nur insoweit, als vielfach eine starke tatsächliche Vermutung dafür spricht, daß dem Erblasser das alte Recht vorgeschwebt hat und daher die gewählten Ausdrücke im Lichte dieser Vorschriften zu würdigen sind.

b) R. **05** 565 (2289) (BayObLG.). Die letztwillige Verfügung des unter der Herrschaft des BGB. verstorbenen Erblassers ist auch dem Vermächtnisnehmer zu eröffnen. Die Eröffnung kann durch ein Verbot des Erblassers nicht ausgeschlossen werden und hat so zeitig, als es dem ordnungsgemäßen Geschäftsgang entspricht, zu erfolgen.

c) ElsLothZ. **05** 80 (Colmar). Auch ein vor dem 1. 1. 00 abgeschlossener Ehevertrag, in dem eine freigebige Verfügung auf den Todesfall enthalten ist, muß nach dem Tode des Verfügenden wie jede andere letztwillige Verfügung dem Nachlaßgerichte zur Verkündung vom Verwahrer übergeben werden (§ 2259 BGB.).

Art. 218. S. zu Art. 200 Nr. 5, Nr. 7.

Handelsgesetzbuch.

Erstes Buch. Handelsstand.

Literatur: Lehrbücher: Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts (7). Stuttgart 1903. — Gareis, Das Deutsche Handelsrecht (7). Berlin 1903. — Gierke, Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft (6). Leipzig 1904. — Hahn, Das Deutsche Handels- und Seerecht (2). Berlin 1905. — Kommentare und Handausgaben: Basch (6). Berlin 1905. — Dove. Berlin 1900. — Düringer-Hachenburg. Mannheim 1899/1905. — Friedberg (7). Leipzig 1904. — Gareis (3). München 1904. — Goldmann. Berlin 1901/1905. — Lehmann-Ring. Berlin 1899/1903. — Lithauer (13). Berlin 1905. — Makower (12). Berlin 1900/1904. — Staub (8) (jetzt Stranz-Pinner-Könige). Berlin 1906. — Zweinert. Leipzig 1904.

Erster Abschnitt. Kaufleute.

Literatur: Bovensiepen, Der Minderkaufmann und seine Gesellschaften. Halle 1905.

§ 1. Abs. 2. Die einzelnen Grundhandelsgeschäfte.

Zu Nr. 2. R. **05** 169, ZBlFG. **5** 801 (Zweibrücken). Der Inhaber des die Grenzen des handwerksmäßigen überschreitenden Dreschmaschinenbetriebs ist Kaufmann.

Zu Nr. 9. **a)** SeuffA. **60** 72 (Dresden). Das Gewerbe eines Photographen ist ein Handwerk und wird als solches erst dann eintragungspflichtig, wenn es nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. — **b)** Exakter wohl noch ist die Ausführung des KG. (RJA. **6** 51, ZBlFG. **6** 299, R. **05** 544), wonach eine photographische Anstalt sowohl Kaufmann aus § 1 Abs. 2 Ziff. 9 als aus § 2 sein kann. Ersterer Paragraph ist anwendbar, wenn eine Vervielfältigung der photographischen Aufnahmen in einem Maße stattfindet, daß sie über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

§ 2. MecklZ. **23** 227, ZBlFG. **5** 801, R. **05** 285 (Rostock). Ein Maurermeister kann firmenpflichtig nach § 2 sein, wenn sein Betrieb sich von denen anderer Handwerker nicht bloß durch einen größeren Umfang, sondern auch durch die ganze, eine kaufmännische Einrichtung erfordernde Art (Spekulationsbauten, Wechselkredit, Umsatz, Übernahme ganzer Bauwerke usw.) unterscheidet.

§ 3. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 3.

§ 4. 1. *Bovensiepen. Zum Begriffe des Handwerks. Eine scharfe Definierung des Handwerks läßt sich nicht geben, dafür ist der Begriff zu flüssig und zu wandelbar, nicht abstrakte Merkmale können entscheiden; ent-

scheidend ist die Auffassung des Lebens und der beteiligten Kreise selber. Nach den Umständen des konkreten Falles richtet sich die Zugehörigkeit eines Betriebs zum Handwerk oder zur Fabrik. Die Staubsche Einheitstheorie, die das entscheidende Gewicht auf nur ein Moment, die Größe des Betriebs, den Umfang legt, ist nicht richtig; die vom Verfasser vertretene „Kombinationstheorie" verlangt einen Komplex ökonomischer Phänomene, um einen Betrieb als handwerksmäßigen anzusprechen. — Ebenso Bovensiepen bezügl. des Kleingewerbtreibenden. Es gibt spezifische Merkmale des kaufmännischen Großbetriebs, die ihn von dem Kleingewerbtreibenden scharf abheben, entscheidend ist der Geschäftsumfang. Kleingewerbtreibender ist ein Gewerbtreibender mit geringem Umfange seines Betriebs, der nicht Handwerker ist.

2. Einzelfälle. — **a)** DJZ. **05** 920 (SächsOVG.). Das Baugewerbe kann nur unter den Handwerks-, nicht aber unter den Fabrikbetrieb fallen. Die Annahme eines Fabrikbetriebs hat zur notwendigen begrifflichen Voraussetzung das Vorhandensein einer Fabrikanlage. Es muß bestimmte Räume geben, in denen der Betrieb seinen Mittelpunkt findet; daß alle Verrichtungen innerhalb der Fabrikräume selbst vorgenommen werden, ist nicht erforderlich, aber um als Ausfluß eines Fabrikbetriebs zu gelten, muß ihre Beziehung zu einer bestimmten gewerblichen Anlage erkennbar sein, die nach der sprachgebräuchlichen Bedeutung des Wortes als „Fabrik" angesehen werden kann. An diesem Erfordernisse fehlt es beim Baugewerbe, daß seinem Wesen nach an stets wechselnden Arbeitsstätten und zwar meist unter freiem Himmel ausgeübt wird. Ein vorhandenes Baukontor aber als Fabrikanlage zu bezeichnen, erscheint schon deshalb ausgeschlossen, weil der Schwerpunkt der gewerblichen Tätigkeit durch die einzelnen Baue gebildet wird, von denen jeder ein selbständiges Unternehmen darstellt. — **b)** **RG.** BadRpr. **05** 353. Der Handel von Tröblern erhält manchmal den Umfang eines Großbetriebs, so daß die Anwendung der Vorschriften für Vollkaufleute angebracht erscheint.

§ 5. 1. *Bovensiepen a. a. O. §§ 12—15. a) Die irrtümliche Eintragung eines Minderkaufmanns im Handelsregister ist für den Prozeß- und für den Strafrichter nicht bindend, das HGB. kann nur privatrechtliche Normen geben (§ 12). — b) Die Bestimmung des § 5 ist nicht, wie Staub, § 5 Anm. 1, behauptet, Ausfluß eines allgemeinen Prinzips, daß jeder, der sich im Verkehr als Vollkaufmann geriere, auch im Verkehr als Vollkaufmann behandelt werden müsse, sondern eine höchst singuläre Ausnahmebestimmung. Der nicht unter einer Firma im Handelsregister eingetragene sich im Verkehr als Vollkaufmann gerierende Minderkaufmann ist in jeder Beziehung als Minderkaufmann zu behandeln. Seine Gesellschaften sind also bürgerlich-rechtliche Gesellschaften, seine formlos eingegangenen Bürgschaften, abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse sind nichtig. Die Bestimmungen des § 4 HGB. enthalten als soziale Schutzvorschriften zugunsten von geschäftsungewandten Klassen ius cogens (§§ 13 und 15).

2. R. **05** 224, ElsLothZ. **05** 347 (Colmar). Das Anbringen des Namens des Ehemanns einer Kleingewerbtreibenden auf dem Ladenschild oder die Ausstellung des Gewerbesteuerzettels auf seinen Namen, oder selbst die Eingehung eines Geschäfts ohne Mitwirkung seiner Ehefrau schließen nicht aus, daß auch die Ehefrau für die im Betriebe des Geschäfts eingegangenen Schulden hafte, nämlich dann, wenn die Eheleute tatsächlich gemeinschaftlich das Geschäft betreiben. Ihr Verhältnis zu den Gläubigern des Geschäfts bestimmt sich nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes über die Gesellschaft.

§ 6. Vgl. JDR. 2 und 3 § 6.

Zweiter Abschnitt. Handelsregister.

§ 8. Vgl. JDR. 2 § 8.

§ 9. KGJ. **29** B 3, OLG. **10** 325, R. **05** 346 (KG.). Die nach § 9 zu gewährenden Abschriften aus dem Handelsregister werden, wie die Denkschrift zum § 9 als selbstverständlich bezeichnet, nur gegen Erlegung der Kosten erteilt. Auch eine Handelskammer hat für eine ihr auf ihren Antrag erteilte Abschrift des Handels- und des Genossenschaftsregisters Schreib- und Postgebühren zu entrichten.

§ 11. Das RG. (58 429, DNotV. **5** 235, PrMBl. **05** 12) hat die Entscheidung des OLG. Königsberg (JDR. **3** § 11) bestätigt, wonach die Fassung des § 11 keinen Anhalt dafür bietet, daß dem Amtsgerichte die Bestimmung darüber zusteht, in welcher Form die Bekanntmachung der Auswahl der Insertionsblätter erfolge. Die Landesjustizverwaltung ist daher befugt, bestimmte Arten der Bekanntmachung anzuordnen und andere zu untersagen.

§ 12. 1. RG. **58** 94. Die gerichtliche Beurkundung einer Anmeldung aus § 12 ist nicht eine durch Reichsgesetz den Gerichten übertragene Angelegenheit. Entsprechende Rechtshilfeersuchen können daher abgelehnt werden.

2. BauersZ. **12** 171, R. **05** 346 (KG.). Die Anmeldung einer Grundkapitalserhöhung ist von den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft persönlich zu bewirken.

3. OLG. **11** 372 (KG.). Man wird dem Registerrichter unter keinen Umständen zumuten dürfen, daß er angemeldete Tatsachen, deren Unwahrheit gerichtskundig ist, oder gar nicht bestehende Rechtsverhältnisse in das Handelsregister einträgt, und so wissentlich zur Täuschung des Publikums mitwirkt; er hat vielmehr das Recht und die Pflicht, ihre Eintragung abzulehnen. Man wird vom Richter ferner verlangen müssen, daß er, wenn sich für ihn erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit angemeldeter Tatsachen ergeben, auch diese nicht ohne weiteres unberücksichtigt läßt, sondern ihre Aufklärung und die Feststellung des wahren Sachverhalts versucht. Darüber hinaus geht die Prüfungspflicht des Registerrichters allerdings nicht; insbesondere wird man ihn nicht für befugt erachten, daß er ohne besondere Veranlassung oder auf bloße Vermutungen hin eine Anmeldung beanstandet und etwa von den Anmeldenden einen Nachweis für die Richtigkeit ihrer Erklärungen verlangt, vielmehr wird er diese regelmäßig ohne weiteres als wahrheitsgemäß anzunehmen haben.

§ 13. 1. KGJ. **29** A 91, ZBlFG. **6** 235, OLG. **10** 232 (KG.). Hat das Registergericht der Hauptniederlassung eine handelsrechtliche Vollmacht zu Unrecht eingetragen, so kann das Registergericht der Zweigniederlassung die Eintragung ablehnen kraft des ihm zustehenden selbständigen Prüfungsrechts.

2. RJA. **5** 56, ZBlFG. **5** 666, R. **05** 147, OLG. **11** 375 (KG.). Die Generalagentur einer Versicherungsgesellschaft wird in der Regel nicht als Zweigniederlassung i. S. des § 13 anzusehen sein. Sie besitzt in der Regel der Hauptniederlassung gegenüber nicht die Selbständigkeit, welche sie befähigte, an sich Hauptniederlassung zu sein; es fehlt ihr hierzu die Ermächtigung, über die Erfüllung der von ihr abgeschlossenen Versicherungsverträge beim Eintritt eines Schadens selbständig zu beschließen, insbes. die dem Versicherer obliegenden Leistungen selbständig festzustellen und zu begleichen, und es fehlt ihr an einem nach innen gesonderten Geschäftsvermögen. ➞ Das KG. weicht mit dieser Entsch. ab von KG. (KGJ. **5** 22) und RG. **2** 288. Man wird der neueren Entsch. aber den Vorzug geben müssen, sie deckt sich auch mit der überwiegend in der Literatur vertretenen Ansicht. Red. ⟵

3. BauersZ. **12** 29, R. **05** 48 (KG.). Änderungen in den Personen der

Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft sind auch im Register der Zweigniederlassung anzumelden.

§ 14. ElsLothZ. **05** 75 (Colmar). Die Kosten eines Gutachtens, das der Registerrichter nach § 14 von Amts wegen eingeholt hat, hat der Beteiligte, in dessen Interesse es eingeholt ist, kraft Gesetzes zu tragen. Einer besonderen Gerichtsentscheidung über die Kostenpflicht bedarf es nicht.

§ 15. Vgl. JDR. **2** und **3** § 15.

Dritter Abschnitt. Handelsfirma.

Vorbemerkung: Neu aufgetaucht und sofort von zwei Oberlandesgerichten verschieden beantwortet worden ist die Streitfrage über die Firmierungsmöglichkeit einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Auch das letzte Jahr hat eine Reihe Entscheidungen darüber geliefert, welche Zusätze zur Firma zulässig und welche unzulässig sind, insbesondere liegen Entscheidungen über die ein Nachfolgeverhältnis ausdrückenden Zusätze vor. — Das RG. hat sich mit der Abgrenzung der Schutzvorschriften des § 12 BGB. und § 37 HGB. beschäftigt.

§ 17. 1. Die Firma im Prozesse. — **a)** **RG.** JW. **05** 158. Wenn ein Einzelkaufmann unter seiner Firma klagt, so ist die Klagepartei im Urteil als Kläger, nicht als Klägerin zu bezeichnen. — **b)** BadRpr. **05** 202, R. **05** 531 (Karlsruhe). Wenn in der Klageschrift als Kläger bezeichnet wird „Kaufmann N. N. als alleiniger Inhaber der Firma X.", während in Wahrheit eine andere Person Inhaber dieser Firma ist, so ist der Kaufmann N. N., nicht die Firma X. als Partei anzusehen.

2. Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes und Firmierung. Das OLG. Hamburg und das KG. (OLG. **11** 380) haben in verschiedenem Sinne zu der Frage Stellung genommen, ob eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes sich „A. & B., Architekten" nennen darf. — OLG. Hamburg bejaht die Frage, weil es kein gesetzliches Verbot gebe, zur Bezeichnung für ein gemeinsam betriebenes Geschäft die Familiennamen der Inhaber, verbunden durch das Zeichen „&" zu benutzen. KG. aber meint, daß diese Bezeichnung sich als kaufmännische Firma darstelle. Der Gebrauch des „&"-Zeichens zur Verbindung zweier Namen miteinander sei nach der Auffassung im Geschäftsleben ein charakteristisches Merkmal für das Bestehen einer Handelsgesellschaft, und allgemein wird im Handelsverkehr angenommen, daß diejenigen, die in ihrem Gewerbe mit einer gemeinsamen Bezeichnung auftreten, in der ihre Namen durch das „&"-Zeichen zu einem Ganzen zusammengefaßt sind, sich zum gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigt haben und daß der von ihnen in der genannten Weise gebrauchte gemeinschaftliche Geschäftsname die Firma ihrer Handelsgesellschaft sei. Ihren bürgerlichen Namen zwar dürfen Nichtkaufleute und Minderkaufleute unbeschränkt in allen Beziehungen zur Außenwelt gebrauchen, also ohne Rücksicht auf das für Vollkaufleute bestehende Firmenrecht auch als Geschäftsnamen. Jedoch dürfen sie ihrem Geschäftsnamen nicht eine solche Gestaltung geben, daß er nach der Auffassung im Verkehrsleben sich als eine kaufmännische Firma darstellt.

3. S. a. § 1115 BGB. Ziff. 2.

§ 18. 1. Abs. 1. OLG. **10** 230, R. **05** 257 (KG.). Der Familienname ist in der Firma nur so aufzuführen, wie er gesetzlich gebraucht werden darf. Wer „L. genannt St." heißt, darf nicht firmieren „L—St."

2. Abs. 2. **RG.** UnlW. **5** 48. Gegen eine Firmenführung, die von vornherein eine unbefugte war, weil sie gegen § 18 Abs. 2 verstieß, kann der Angehörige eines Verbandsstaats auf Grund des Art. 8 des Unionsvertrags zum

Schutze des gewerblichen Eigentums vorgehen, auch wenn jene Firmenführung schon vor dem 1. 5. 03 begonnen hatte.

3. Zusätze, das Nachfolgeverhältnis betreffend. — **a)** OLG. **11** 377 (KG.). Der Umstand allein, daß der Zusatz „Sohn" bisweilen dazu benutzt wird, um ein Nachfolgeverhältnis auszudrücken, steht seiner Verwendung beim Nichtvorliegen eines solchen Verhältnisses nicht entgegen. — **b)** ZBlFG. **5** 801, OLG. **10** 228, SeuffA. **60** 305, R. **05** 257 (Kassel). Der Firmenzusatz: „früher Sch." ist geeignet, die Täuschung herbeizuführen, daß der neue Geschäftsinhaber das bisher von verschiedenen Mitgliedern der Familie Sch. geführte Geschäft erworben habe und fortführe. Ein solcher Zusatz stellt sich als Aufnahme des Namens „Sch." in die neue Firma dar. — **c)** BayObLG. **5** 455, OLG. **10** 229, SeuffBl. **05** 97. J. A., als dessen Firma ebenfalls J. A. eingetragen war, hatte das unter der Firma K. & Z. betriebene Geschäft, jedoch ohne diese Firma käuflich erworben. Er firmierte: „J. A. vorm. K. & Z." Der Zusatz „vormals K. & Z." wurde ihm mit Recht untersagt. Eine solche Verbindung der Firma des früheren Inhabers mit der eigenen Firma ist nicht bloß eine Bekanntgabe der Fortführung des erworbenen Geschäfts, sondern ein Gebrauch der Firma des früheren Inhabers. Der Erwerber darf aber die ihm nicht zustehende frühere Firma auch nicht zu dem Zwecke gebrauchen, dem Publikum in kürzester und augenfälligster Weise bekannt zu geben, daß er der nunmehrige Geschäftsinhaber ist.

4. Wahrheitsprinzip. — KGJ. **29** A210, RJA. **5** 246, ZBlFG. **6** 139, R. **05** 443, OLG. **11** 16 (KG.). Zusätze, die an sich weder zu den im § 18 für zulässig erklärten, noch zu den untersagten gehören, sind auf alle Fälle dann unzulässig, wenn sie wahrheitswidrig sind. Dies trifft z. B. dann zu, wenn einer Firma eine Ortsbezeichnung hinzugefügt werden soll, die nur als Bezeichnung des Ortes der Niederlassung angesehen werden kann, als solche aber unrichtig ist (Zentralmolkerei Neu-Z., die sich nicht in Neu-Z., sondern in Abbaukolonie B. befindet).

5. KGJ. **29** A86, ZBlFG. **6** 235, OLG. **11** 17 (KG.). Der Zusatz „Kölner Fahrrad-Börse" zu der Firma einer Fahrradhandlung ist, namentlich, wenn es sich um ein unbedeutendes Geschäft handelt, zur Herbeiführung einer Täuschung über die Art und den Umfang des Geschäfts geeignet und deshalb unzulässig.

6. *Weyl, System der Verschuldensbegriffe 469. Der Begriff „Täuschung" in Abs. 2 ist lediglich „objektiv" gedacht.

§ 22. I. Abs. 1. 1. Voraussetzungen. — **a)** KGJ. **29** A83, RJA. **5** 185, ZBlFG. **6** 96, 235, OLG. **10** 327, R. **05** 325 (KG.). Dadurch, daß ein Miterbe die Nachlaßanteile aller übrigen Miterben erwirbt, wird noch nicht ohne weiteres die Einwilligung der Veräußerer in die Fortführung der Firma eines vom Erblasser betriebenen Handelsgeschäfts durch den Erwerber erübrigt. — **b)** RG. ZBlFG. **6** 379, R. **05** 534, Holdheims MSchr. **05** 213. Die Übertragung einer Firma mit dem Hauptteil des bisherigen Geschäfts unter gleichzeitiger Auflösung der bisher das Geschäft innehabenden Gesellschaft und Überweisung eines einzelnen Geschäftszweiges ohne die Firma an einen der bisherigen Gesellschafter ist rechtlich zulässig.

2. Fortführung. — KGJ. **28** A251, ZBlFG. **5** 805 (KG.). Wenn eine offene Handelsgesellschaft ein bestehendes Handelsgeschäft nebst der Berechtigung zur Fortführung seiner Firma erwirbt, und sodann die Inhaber nach Vereinigung beider Geschäfte ihre bisherige Firma löschen, und sich als die jetzigen Inhaber der neu erworbenen Firma eintragen lassen, so bedarf es zur Umschreibung der unter der bisherigen Firma der offenen Handelsgesellschaft im

Grundbuch eingetragenen Grundstücke auf die neue Firma keiner Auflassung; denn es liegt kein Wechsel in der Person der Eigentümer vor.

II. Abs. 2. **RG. 59** 25. Aus § 22 ergibt sich, daß ein Handelsgeschäft in gewisser Weise Gegenstand eines Nießbrauchs sein kann. Allein die durch letztere Bestimmung in Verbindung mit § 25 eröffnete Möglichkeit, ein Handelsgeschäft einem anderen zum Nießbrauche zu überlassen, setzt eine gütliche Vereinbarung voraus. Der Ehemann kann nicht, gestützt auf sein ehemännliches Verwaltungs- und Nutznießungsrecht, den Anspruch erheben, daß ihm die Frau das von ihr zur Zeit der Eheschließung selbständig betriebene Handelsgeschäft zur Fortführung im eigenen Nutzen überlasse.

§ 23. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 23.

§ 24. Vgl. JDR. **2** § 24.

§ 25. I. Abs. 1. 1. Voraussetzungen. — **a)** *Bovensiepen § 7. Der Übernehmer eines minderkaufmännischen Geschäfts samt seinen Etablissementsnamen haftet nicht ipso iure für die alten Geschäftsschulden. Denn diese Paragraphen setzen durch den wiederkehrenden Gebrauch des Ausdrucks „Firma" und durch ihre Stellung unter den Abschnitt „Firma" die Befugnis zum Gebrauche einer „Firma" voraus. — **b)** **RG. 60** 296, JW. **05** 320, betr. das Verhältnis von HGB. § 25 zu Art. 30 EGBGB. — s. zu Art. 30 das. Näheres. —

2. Wirkungen. — **a)** **RG.** JW. **05** 56, BankA. **4** 156, **RG. 59** 213, HansGZ. **05** Hptbl. 9. Der für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftende Erwerber eines Handelsgeschäfts muß gemäß § 344 Abs. 2 Schuldscheine des Veräußerers als vermutlich im Betriebe von dessen Handelsgewerbe gezeichnet gegen sich gelten lassen, und zwar auch, wenn der Schuldschein mit dem von der Firma verschiedenen bürgerlichen Namen des Veräußerers gezeichnet ist. — **b)** **RG.** SächsA. **15** 606. Diejenigen Rechtsgeschäfte, an die in §§ 25, 28, 130 die Rechtsfolge der Haftung für die bisherigen Geschäfts- oder Gesellschaftsschulden geknüpft ist, können wegen Irrtums oder Betrugs gegenüber einem aus jener Rechtsfolge berechtigten bisherigen Geschäfts- oder Gesellschaftsgläubiger nur angefochten werden, wenn er den Anfechtungsgrund kannte oder kennen mußte. — **c)** **RG. 58** 21. Die Ähnlichkeit des Namens zweier Firmen in derselben Branche und derselben Stadt hatte zu Unzuträglichkeiten für beide Teile geführt. Die daraufhin geschlossene Vereinbarung, daß der eine Teil bestimmte Worte in seiner Firma streiche und sich ihres Gebrauchs künftig enthalte, ist als eine im Betriebe des Handelsgeschäfts begründete Verbindlichkeit anzusehen, weil sie in enger innerer Verbindung mit dem Geschäftsbetriebe steht. Diese Verbindlichkeit geht daher auch auf den über, welcher nach § 25 das Handelsgeschäft erwirbt.

II. Abs. 2. **a)** Marcus, DJZ. **05** 850. Der nach § 25 Abs. 1 geschaffene Schuldenübergang bei Veräußerung eines Handelsgeschäfts erstreckt sich nicht auf den Fall, daß der Konkursverwalter das Geschäft des Kridars mit der Firma veräußert; diese Veräußerung ist Versilberung der Masse in complexu, ein Übergang der Schulden ist weder vom Gesetze noch von dem Erwerber gewollt. — **b)** Zur gleichen, aber enger gestellten Frage äußert sich **RG. 58** 166 dahin: Die Stellung, welche einerseits die Konkursgläubiger, andererseits der Konkursverwalter innerhalb des Konkursverfahrens einnehmen, ergibt ohne weiteres, daß hinsichtlich der vom Konkursverwalter vorgenommenen Veräußerung des zur Konkursmasse gehörigen Handelsgeschäfts der Konkursgläubiger nicht ein Dritter im Sinne des Abs. 2 sein kann.

§ 26. Vgl. JDR. **2** § 26.

§ 27. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 27.

§ 28. Vgl. JDR. **2** § 28.

§ 29. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 29.

§ 30. OLG. **11** Nr. 28, 20 Nr. 26, ZBlFG. **6** 235. Die neue Firma: „Johann Herm. H." unterscheidet sich im Sinne des § 30 Abs. 1 deutlich von der älteren Firma: „Hermann H.".

§ 31. 1. Marcus, HoldheimsMSchr. **05** 182. Während der Fristen des § 1944 BGB., § 27 Abs. 2 HGB. besteht für die Erben des Inhabers weder Auskunfts- noch Anmeldepflicht. Nach deren Ablauf greift Auskunftspflicht, wenn Ausschlagung der Erbschaft nicht erfolgte, ohne weiteres, Anmeldepflicht aber nur Platz, wenn die Erben das Geschäft fortgeführt haben. Sofern dies überhaupt nicht der Fall, gibt es keine Anmeldepflicht für die Erben bezüglich Erlöschens der Firma und kann nur Offiziallöschungsverfahren Platz greifen, kein Ordnungsstrafverfahren; ganz ebenso im Falle nachgewiesener Erbschaftsausschlagung, wo denn auch die Auskunftspflicht fortfällt.

2. DJZ. **05** 77 (BayObLG.). Wenn auch ein Handelsgeschäft nicht unmittelbar mit der Einstellung des Gewerbebetriebs aufhört, sondern so lange fortbesteht, als die zu dessen Fortführung geeigneten Vermögensstücke und Beziehungen noch vorhanden sind, so hat es doch jedenfalls dann zu bestehen aufgehört und ist damit die Firma erloschen, wenn der Inhaber den Geschäftsbetrieb endgültig eingestellt und die Handelsniederlassung aufgehoben, die für den Geschäftsbetrieb bestimmt gewesenen Vermögensstücke veräußert oder einer anderen Bestimmung zugeführt hat. Die Fortdauer einzelner Rechtsverhältnisse, die aus dem Handelsbetriebe herrühren, hat nicht die Wirkung, daß das tatsächlich nicht mehr vorhandene handelsgewerbliche Unternehmen als fortbestehend gilt: die Tätigkeit, zu der der vormalige Geschäftsinhaber durch solche Rechtsverhältnisse veranlaßt wird, ist nicht mehr gewerbliche Teilnahme am Handel und gehört deshalb nicht zu den Geschäften, für die die Firma nach § 17 Abs. 1 bestimmt ist.

§ 34. Vgl. JDR. **2** § 34.

§ 36. DJZ. **05** 172, ZBlFG. **5** 635, OLG. **10** 234, R. **05** 257, KGJ. 28 A 213 (KG.). Durch die Vorschrift des § 36 hat für die nach altem Rechte im Handelsregister eingetragenen gewerblichen Unternehmen von Kommunalverbänden nicht die Möglichkeit der Löschung der an sich zulässigen Eintragung nach Gutdünken des Eingetragenen geschaffen werden sollen. Die gedachte Vorschrift, die als Ausnahmevorschrift streng auszulegen ist, hat vielmehr nur den Anmeldungszwang beseitigen wollen.

§ 37. 1. Abs. 2. **a)** **RG.** II 9. 12. 04, **59** 284, PucheltsZ. **05** 336, JW. **05** 72. Der § 12 BGB. ist auf das persönliche Namenrecht zu beschränken. Näheres s. Ziff. II 1 c zu § 12 BGB. — **b)** Andererseits hat das **RG.** I Holdheims MSchr. **05** 161, R. **05** 534, ZBlFG. **6** 379, UnlW. **5** 39, ohne in Widerspruch mit obiger Entscheidung zu treten, ausgeführt: Die Schutzvorschrift des § 37 Abs. 2 gegen unbefugten Firmengebrauch beschränkt sich nicht auf die Fälle, wo die Firma an firmenrechtlichen Mängeln leidet, sondern erstreckt sich auch auf diejenigen Fälle, in denen durch die Firma das durch § 12 BGB. geschützte Namenrecht verletzt wird.

2. **a)** UnlW. **5** 27 (Colmar). Um den bekannten Champagnerfirmen „Mumm" Konkurrenz mit dem Mittel der Verwechselung der Firmen zu machen, hatten die Begründer einer neuen Champagnerfirma einen Strohmann namens „Mumm" als Sozius aufgenommen und danach die Firma „Mumm & Co., G. m. b H." gegründet. Es ist dies wohl ein Mißbrauch, allein die mißbräuchliche Art der Benutzung einer an sich dem Gesetze entsprechenden Firma gibt dem in seinen Rechten Verletzten keine Klage auf Löschung der Firma in Gemäßheit des § 37 Abs. 2, dahingegen einen Anspruch auf Unterlassuug der mißbräuchlichen Benutzung auf Grund des § 8 UnlWG. — **b)** Marcus, UnlW. **5** 26

erklärt im vorliegenden Falle ein Einschreiten aus § 18 Abs. 2 HGB. für zulässig.

3. **RG.** R. **05** 683. In einer Bezeichnung von Waren mit einem Namen kann nicht der Gebrauch einer Firma gefunden werden; es bietet daher der § 37 Abs. 2 keine geeignete Handhabe, um dem entgegenzutreten.

Vierter Abschnitt. Handelsbücher.

§ 38. Vgl. IDR. **2** § 38.

§ 39. Vgl. IDR. **2** § 39.

§ 40. 1. **RG.** IW. **05** 235, ZBlFG. **5** 802, R. **05** 285, BauersZ. **12** 213, Holdheims MSchr. **05** 214, BankA. **4** 124. Bei der Aufstellung einer Gewinnverteilungsbilanz muß unterschieden werden zwischen dem Anlagevermögen (den Gebrauchsgegenständen) und dem Betriebsvermögen (den Veräußerungsgegenständen): jene sind in der Gewinnverteilungsbilanz nach ihrem Gebrauchswerte, nur diese nach ihrem Veräußerungswert anzusetzen; eine Gewinnverteilungsbilanz darf nicht unrealisierten Gewinn zur Verteilung bringen. Daraus ergibt sich u. a., daß die Beträge, um welche der Veräußerungswert eines Grundstücks in einer Frist sich erhöht hat, einen verteilungsfähigen Gewinn nicht darstellen (vgl. auch Rehm, Bilanzen 59, 88).

2. OLG. **10** 240, ZBlFG. **5** 801, BauersZ. **12** 173 (Hamburg). Der kaufmännische Gebrauch, namentlich in guten Geschäftsjahren mehr abzuschreiben, als der wirklichen Abnützung und Wertminderung entspricht, freiwillige Reserven zu bilden ꝛc., verstößt nicht wider die gesetzlichen Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz.

§ 43. Vgl. IDR. **2** § 43.

§ 45. OLG. **10** 238 (Posen). Die Vorlegung der Handelsbücher darf nicht zu dem Zwecke erfolgen, dem Gegner Gelegenheit zu geben, sich aus den Handelsbüchern Material herauszusuchen, um seine Forderungen begründen zu können (vgl. ebenso OLG. Dresden, IDR. **3** II 15).

§ 47. Vgl. IDR. **3** § 47.

Fünfter Abschnitt. Prokura und Handlungsvollmacht.

§ 48. *Bovensiepen § 8. Die von einem Minderkaufmann erteilte Prokura ist nicht ganz bedeutungslos, sondern als Generalhandlungsvollmacht aufrechtzuerhalten.

§ 49. DIZ. **05** 818, KGI. **29** A 240, ZBlFG. **6** 156, R. **05** 448, OLG. **11** 20, RIA. **5** 273 (KG.). Der Prokurist ist zum Erwerbe von Grundstücken unter gleichzeitig erfolgender Belastung dieser nicht befugt. Es muß angenommen werden, daß nach dem Geschäftswillen der Parteien die Verpfändung des Grundstücks von dessen Erwerbung nicht losgelöst werden soll. Der Erwerbsakt ist für den Prinzipal nicht auf ein Grundstück schlechthin, sondern auf ein mit einem Pfandrechte zu beschwerendes Grundstück gerichtet. Die Belastung kann aber erst eingetragen werden und dadurch ihre dingliche Wirkung erhalten, nachdem der Prinzipal zunächst als Grundstückseigentümer eingetragen ist. Der Prokurist würde also, wenn man ihn zur Bewilligung der Eintragung der Wegerechtigkeit für befugt erachten wollte, durch seine Verfügung Eigentum des Prinzipals belasten. Dazu ist er aber nach § 49 nur ermächtigt, wenn ihm diese Befugnis besonders erteilt ist.

§ 50. Vgl. IDR. **2** § 50.

§ 51. Vgl. IDR. **2** § 51.

§ 53. a) OLG. **11** 378 (KG.). Die Prokura ist zu erneuern, wenn aus dem Geschäft eines Einzelkaufmanns eine offene Handelsgesellschaft entsteht. —

b) KGJ. 29 A 91, ZBlFG. 5 801, DJZ. 05 316, OLG. 10 232, R. 05 285, GoldschmidtsZ. 56 567 (KG.). Andere handelsrechtliche Vollmachten als Prokuren sind in das Handelsregister nicht einzutragen. — c) RG. Holdheims MSchr. 05 22. Wer in Kenntnis des Bestehens einer Kollektivprokura und ihrer Bedeutung gegen die alleinige Quittung **eines** Kollektivprokuristen Zahlung leistet, tut dies auf seine Gefahr. — d) RJA. 6 47, ZBlFG. 6 296, BauersZ. 13 31, R. 05 543 (KG.). Bei der Firmenzeichnung, die von einem Prokuristen zur Aufbewahrung bei dem Registergerichte vorgenommen wird, ist die Verwendung eines Stempelabdrucks unzulässig.

§ 54. a) BadRpr. 05 38 (Karlsruhe). Für den Umfang der Handlungsvollmacht ist maßgebend das im Verkehr Gewöhnliche, weshalb die Natur des betr. Handelsgewerbes, der betr. Stellung, der Verkehrsbedürfnisse und der kaufmännischen Gebräuche in Betracht gezogen werden muß. Die Anerkennung einer Schadensersatzpflicht behufs Regelung einer Differenz mit einem Kunden kann u. U. als eine Rechtshandlung des generellen Handlungsbevollmächtigten erachtet werden, welche der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes gewöhnlich mit sich bringt. — b) RG. PuceltsZ. 05 321. Der Umfang der Handlungsvollmacht ist nicht größer als der Kreis der Befugnisse, die dem Prinzipale selbst zustehen. Begeht also der Handlungsbevollmächtigte eine Handlung, die dem Prinzipal selbst verboten ist, so kann dieser nicht auf Grund der dem Täter erteilten Vollmacht, sondern immer nur auf Grund seiner allgemeinen Haftung aus §§ 276, 831 BGB. in Anspruch genommen werden. — c) RG. Holdheims MSchr. 05 246, GoltdA. 52 Heft 1. Wie der Prokurist, so ist auch der Handlungsbevollmächtigte nicht schon auf Grund seiner Vollmacht zur Stellung von Strafanträgen für den Prinzipal berechtigt. Es kommt vielmehr darauf an, ob nach Lage der Umstände angenommen werden kann, daß die Stellung des Antrags dem wirklichen Willen des Geschäftsherrn entspricht. — d) R. 05 568 (Breslau). Der Mißbrauch von Stempeln und Firmenaufdrucken vermag erst dann den Schluß des Gegenkontrahenten, daß stillschweigend erteilte Ermächtigung vorliege, zu rechtfertigen, wenn dem Geschäftsinhaber der Mißbrauch bekannt geworden war und er ihm nicht gesteuert hatte.

§ 55. Vgl. JDR. 2 § 55.

§ 56. Vgl. JDR. 2 § 56.

Sechster Abschnitt. Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge.

Vorbemerkung: Dieser Abschnitt steht begreiflicherweise im Zeichen der Kaufmannsgerichtsentscheidungen; ein wenig erfreuliches Zeichen in mancher Hinsicht. Zu § 59 ist eine Fülle von Urteilen zu registrieren, welche feststellen, ob die eine oder andere Berufskategorie Handlungs- oder Gewerbegehilfen, Handlungsgehilfen oder Agenten, Handlungsgehilfinnen oder Dienstmädchen ꝛc. seien. Wieviel Geist und Arbeitskraft ist hier verschwendet worden zur Lösung von Kompetenzstreitigkeiten, die bei einer einheitlichen Gerichtsorganisation einfach gegenstandslos wären! — Die Frage, ob Abs. 1 des § 63 jus cogens oder jus dispositivum enthält, haben die Kaufmannsgerichte natürlich auch nicht lösen können; eine erfreuliche Perspektive auf Einheitlichkeit und Sicherheit der Rechtsprechung eröffnet sich aber, wenn man sieht, daß hier fünf Entscheidungen pro jus cogens dreien contra gegenüberstehen. Unangenehm bemerkbar wird sich das Fehlen einer gemeinsamen höheren Instanz auch bei den wichtigen und teilweise schwierigen Entscheidungen über die Konkurrenzklausel machen. — Erfreulich ist es, daß sich die Praxis dreier Oberlandesgerichte in der Frage, ob der entlassene Handlungsgehilfe seine Dienste dem Prinzipale weiter anbieten muß, einhellig auf den verneinenden Standpunkt gestellt hat.

Literatur: Hartmann, Was ist unter dem Betreiben eines Handelsgewerbes im § 60 HGB. zu verstehen? Holdheims MSchr. 05 44. — Weiß, Die Konkurrenzklausel der

Handlungsgehilfen, HirthsAnn. **05** 788 ff. — Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905.

§ 59. I. Begriff des Handlungsgehilfen. 1. BadRpr. **05** 141 (BadVerwGH.). Für den Begriff des Handlungsgehilfen ist nicht die Form der Vergütung als Merkmal anzusehen. Die Vergütung der Dienstleistungen durch Provision, d. h. Entgelt nach jeder einzelnen Bestellungsvermittelung, kann sowohl bei Reisenden vereinbart werden, die selbständige Agenten sind, als auch bei solchen, die zweifellos den Charakter von Handlungsgehilfen besitzen. Ebensowenig sind die Umstände entscheidend, daß ein Reisender nicht in den Geschäftsräumen des Geschäftsherrn zu arbeiten, daß er seine Reisespesen selbst zu tragen hat, daß er Unterreisende anstellen und ihnen einen Teil seiner hiernach bemessenen Provisionen weitergeben muß. Als Kriterium für die Unterscheidung der Handlungsgehilfen und der Handlungsagenten ist vielmehr die Abhängigkeit des Gehilfen und die Selbständigkeit des Agenten anzusehen.

2. GewG. **11** 14 (KfmG. Lichtenberg). Die Bestimmungen über Handlungsgehilfen finden auch Anwendung auf die Angestellten von Minderkaufleuten.

3. GewG. **11** 10 (KfmG. Hamburg). Der Umstand, daß jemand Provision bezieht, kein gelernter Kaufmann ist, nicht verpflichtet ist, sich zu bestimmten Zeiten beim Geschäftsherrn zu melden, und in keinem Subordinationsverhältnisse zu ihm steht, keine Spesen erhält, läßt ihn als Agent erscheinen.

4. GewG. **11** 11 (KfmG. Mainz). Die für den Begriff des Handlungsgehilfen vorauszusetzende Abhängigkeit liegt z. B. nicht vor, wenn der Angestellte auch für bestimmte andere Handlungshäuser in gleicher Weise tätig ist.

5. GewG. **11** 12 (KfmG. Augsburg). Die Gewährung eines Gehalts, der Umstand, daß der Angestellte nur für das eine Geschäft tätig sein darf, charakterisiert seine Stellung noch nicht als die eines Handlungsgehilfen, schließt also nicht aus, daß er Agent ist.

6. GewG. **11** 13 (KfmG. Hamburg). Nicht ausschlaggebend, aber von erheblichem Übergewichte nach der Seite des Gehilfenverhältnisses ist der Umstand, daß der Angestellte wöchentliches Fixum bezieht. Ist er außerdem an die Weisungen des Geschäftsherrn gebunden, überhaupt abhängig, so ist er als Handlungsgehilfe anzusehen, selbst wenn er „Verkaufsagent" genannt wird; daß er auch für andere Geschäfte tätig sein darf, steht dem nicht entgegen.

7. GewG. **10** 144 (KfmG. Mannheim). Merkmale dafür, daß jemand Handlungsgehilfe, nicht Agent ist, sind: Anmeldung zur Kranken- und Invalidenversicherung, Vereinbarung, daß ihm eine feste Summe jährlich „garantiert" wird.

8. GewG. **10** 219 (KfmG. Breslau). Das Moment der festen Anstellung und abhängigen Stellung des Reisenden wird nicht dadurch bestätigt, daß der Reisende mit Genehmigung des Prinzipals auch einige Nebengeschäfte als Vertreter einer anderen Firma und als Untervertreter einer vom Prinzipale vertretenen Firma macht.

9. GewG. **10** 207 (KfmG. München). Der Schaufensterdekorateur ist Handlungsgehilfe.

10. GewG. **10** 169 (KfmG. Stettin). Der Verkäufer in einer Kasernenkantine ist Handlungsgehilfe, wenn er gelernter Materialist ist und monatliche Gehaltszahlung mit ihm vereinbart ist.

11. GewG. **10** 188 (LG. Leipzig). Die gegen Gehalt und Umsatzprovisionen angestellte Filialleiterin einer Filiale ist auch dann Handlungsgehilfin, wenn ihr nach dem Anstellungsvertrage die Waren „zum kommissionsweisen Verkaufe" geliefert werden.

12. GewG. **10** 366 (KfmG. Stettin). Ein mit der Führung von Lohnlisten und Berechnung der Krankenkassen- und Invalidenversicherungsbeiträge beschäftigter

Angestellter im Abrechnungsbureau einer Fabrik ist Handlungs-, nicht Gewerbegehilfe.

13. GewG. Eberswalde, GewG. **11** 136 hat einen lediglich in Tonnenpacht stehenden Oberkellner für einen selbständigen Angestellten erklärt, während der gegen festen Monatsgehalt angestellte Oberkellner vom AG. Krossen (GewG. **11** 136) für einen Gewerbegehilfen erachtet worden ist.

14. GewG. **11** 136 (KfmG. Koblenz). Der Geschäftsführer eines Hotels und Cafés, der gegen festes Gehalt und Provision engagiert ist und die Gäste zu empfangen, Zimmer zu vergeben, das Personal zu überwachen, die Buchführung zu kontrollieren hat, ist Betriebsbeamter, nicht Handlungsgehilfe.

15. GewG. **11** 14 (KfmG. Lichtenberg). Die Schlächtermamsell, die lediglich im Laden beim Fleischverkaufe mitwirkt, ist, wie ein Ladenmädchen überhaupt, Handlungsgehilfin.

16. Dagegen ist nach KfmG. Altenburg (GewG. **10** 221) die Verkäuferin in einer Trinkhalle nicht Handlungsgehilfin.

II. Dienstleistungen und Entgelt. — **a**) GewG. **10** 364 (KfmG. München). Der Handlungsgehilfe kann Bezahlung von Überstunden nicht verlangen. — **b**) GewG. **11** 132 (KfmG. Stettin). Eine ihm zugesicherte Weihnachtsgratifikation kann der Gehilfe nur dann verlangen, wenn das Dienstverhältnis zu Weihnachten noch besteht, also nicht bei vorheriger Entlassung, auch nicht pro rata seiner Dienstzeit.

§ 60. 1. Über den Erfüllungsort für Verpflichtungen aus dem Konkurrenzverbot s. bei § 269 BGB. Ziff. 5.

2. *Hartmann, Was ist unter dem Betreiben eines Handelsgewerbes im § 60 HGB. zu verstehen? Holdheims MSchr. **05** 44. Unter dem „Betreiben" eines Handelsgewerbes ist nicht wie im § 1 HGB. Betreiben in eigenem Namen gemeint, sondern jeder Betrieb eines Handelsgewerbes, auch z. B. im Namen der Ehefrau des Handlungsgehilfen. Dies folgt aus der ratio legis (vgl. Denkschr. von 1897 74), die nicht nur auf Verhinderung von eigentlichen Konkurrenzgeschäften, sondern jeder größeren außerdienstlichen Tätigkeit des Handlungsgehilfen gerichtet ist. AM. Staub I 252, Gareis 77², Goldmann I 293.

§ 61. 1. Mahnke, DIZ. **05** 1117 f. Die Rechte des Prinzipals aus § 61 HGB. sind nicht als facultas alternativa anzusehen; denn einmal schuldet der Gehilfe gemäß § 61 HGB. dem Prinzipal keine Schadensersatzleistung, vielmehr steht dem Prinzipal nur der Anspruch, das Recht auf Schadensersatz zu; andererseits kann man aber aus den Worten „statt dessen" nicht entnehmen, daß der Prinzipal „nur" den Anspruch auf Schadensersatz hat, sondern allein, daß der Prinzipal nicht beide Ansprüche nebeneinander geltend machen kann. — Demnach kann man von einem rechtlichen Gebundensein des Prinzipals durch Ausübung der Wahl höchstens dann sprechen, wenn der Gehilfe sich mit der Wahl einverstanden erklärt hat, dann nämlich, wenn man die Erklärung des Prinzipals gegenüber dem Gehilfen für einen Vertragsantrag hält.

2. BadRpr. **05** 242 (Karlsruhe). Der Verstoß gegen § 60 enthält nicht einen Verstoß gegen ungesetzliche, sondern gegen eine sich aus dem Gesetze ergebende Vertragspflicht, die am selben Orte wie die allgemeinen Dienstpflichten zu erfüllen ist, also da, wo der Dienst zu leisten ist. Dort ist deshalb auch das Eintrittsrecht des § 61 im Wege der Klage geltend zu machen.

§ 62. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 639, BauersZ. **12** 261, R. **05** 568. Der Prinzipal kann sich gegenüber der ihm nach § 62 obliegenden Haftung nicht des Einwandes bedienen, daß er einen tüchtigen Betriebsleiter für das Geschäft angestellt habe. Der Gesichtspunkt der culpa in custodiendo et eligendo kommt nach dem Inhalte des § 62 nicht in Betracht.

§ 63. 1. Mit der Frage, ob Abs. 1 des § 63 jus dispositivum enthalte oder jus cogens, haben sich die Kaufmannsgerichte beschäftigt. — **a)** Für erstere Auslegung haben sich Hamburg (GewG. **10** 141), Breslau und Köln, für letztere Auslegung Hannover, Stettin, Braunschweig (GewG. **10** 168), Dortmund und Bremen entschieden. — **b)** Von anderen Gerichten hat sich für die dispositive Natur des Abs. 1 das AG. I Berlin (KGBl. **05** 8) ausgesprochen. — **c)** In theoretischer Ausführung entscheidet sich für den zwingenden Charakter des Abs. 1 Strauß, DJZ. **05** 352. Der Wille des Gesetzgebers kann nur der sein, daß Abs. 2, der, historisch betrachtet, das Licht der Welt erst erblickte, als Abs. 1 schon lange in Geltung war, den Fall des Abs. 1 voraussetzt, daß Abs. 2 nur im Zusammenhange mit Abs. 1 zu lesen und zu verstehen ist, d. h. der Handlungsgehilfe hat im Falle unverschuldeten Unglücks, welches ihm an der Leistung der Dienste verhindert, bis zur Dauer von 6 Wochen Anspruch auf Gehalt und Unterhalt und braucht sich nicht einmal die aus einer Kranken- und Unfallversicherung ihm zukommenden Bezüge auf diesen Gehalts- und Unterhaltsanspruch anrechnen zu lassen. — Gegen den zwingenden Charakter des Abs. 1 spricht sich aus Fuld, GewG. **10** 95.

2. Weitere widersprechende Entscheidungen liegen darüber vor, ob der erkrankte Handlungsgehilfe, der im Hause des Prinzipals freie Station hat, Anspruch auf Ersatz für diese hat, wenn er im Krankenhause auf Kosten der Krankenkasse verpflegt wird. — GewG. **10** 142 (KfmG. Stettin), Weinberg, DJZ. **05** 807, bejahen, DJZ. **05** 808 (KfmG. Hamburg) und Boysen, DJZ. **05** 855, verneinen diese Frage. Ersterer argumentiert dahin, daß der im Krankenhause befindliche Handlungsgehilfe ohne sein Verschulden verhindert sei, den Unterhalt im Hause des Prinzipals zu empfangen und daß er deshalb nach Analogie des Leibgedingevertrags Ersatz in Geld verlangen könne. — KfmG. Hamburg führt dagegen aus, daß weder das HGB. noch der Engagementsvertrag etwas darüber enthalte, daß sich die Pflicht zur Naturalleistung in die Pflicht zu einer Geldleistung verwandeln könne, nach allgemeinen Grundsätzen sei aber Voraussetzung für eine solche Umwandlung, daß der Umstand, daß der Gläubiger die Sachleistung nicht in natura empfangen könne, auf ein Verschulden des Schuldners zurückzuführen sei. Ein solches Verschulden treffe den Prinzipal bei einer Krankheit des Handlungsgehilfen nicht. ➠ Man wird sich der Ansicht des KfmG. Hamburg anschließen müssen. Red. ⇜

§ 64. Vgl. JDR. **2** § 64.

§ 65. **a)** OLG. **10** 248 (Hamburg). Dem am Gewinne beteiligten Angestellten stehen Einwendungen gegen die vom Geschäftsherrn aufgestellte Bilanz nur insoweit zu, als er eine Nichtübereinstimmung mit den Handelsbüchern oder eine auf Unredlichkeiten oder grobem Verschulden beruhende Unrichtigkeit der Bilanz zu behaupten vermag, nicht aber, soweit sie sich nur auf eine abfällige Beurteilung der Maßnahmen des Prinzipals hinsichtlich der Bilanz, der Handhabung des Geschäfts, nachlässige Geschäftsführung, unnötige Abschreibungen u. ä. stützen. — **b)** GewG. **10** 143 (KfmG. München). Die Abrede, daß der Provisionsreisende sich eine vom Prinzipal gewährte Kaufpreisminderung in voller Höhe von der Provision kürzen lassen muß, verstößt gegen die guten Sitten.

§ 66. 1. GewG. **10** 220 (KfmG. Aachen). Es kann nicht vereinbart werden, daß ein Probeengagement täglich kündbar sein soll.

2. Stölzel, BuschsZ. **35** 57. Bei Streit, ob das Dienstverhältnis auf unbestimmte oder bestimmte Zeit eingegangen ist, hat der Kläger das Fehlen einer Bestimmung zu beweisen. — GlA. Goldmann, HGB. (7) § 66.

§ 67. 1. OLG. **11** 23 (Hamburg). Durch § 67 werden die Kontrahenten nicht gehindert, die Dauer des Vertragsverhältnisses von vornherein festzusetzen. Die Vereinbarung, der Handlungsgehilfe solle bleiben, bis er eine neue Stellung

gefunden habe, ist deshalb gültig und dahin auszulegen, daß er so lange seine Stelle behalten solle, als nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge für die Erlangung einer neuen ausreicht.

2. **RG.** JW. **05** 502. Abs. 2 setzt als zwingende Bestimmung nur fest die Kündigung für den Schluß eines Kalendermonats; für die Ansicht, daß die monatlichen Termine gegenüber den vier Quartalsterminen nach dem Zwecke dieser Kündigungstermine augenscheinlich zurücktreten müßten und deshalb nicht ohne bestimmte Vereinbarung anzunehmen sei, daß einer der Vertragschließenden auf die Wohltat des Quartaltermins habe verzichten wollen, fehlt jede rechtliche Unterlage. Diese Ansicht ist rechtsirrtümlich.

3. **RG.** JW. **05** 75. Wenn die Bindung an den Vertrag gegen § 67 verstößt, so folgt daraus nicht die Nichtigkeit des ganzen Vertrags aus dem Gesichtspunkte des Verstoßes gegen die guten Sitten, sondern nur die Unwirksamkeit dieser einen Vertragsbestimmung.

§ 68. Vgl. JDR. 3 § 68.

§ 69. Vgl. JDR. 2 § 69.

§ 70. I. Abs. 1. 1. Wichtiger Grund. — **a)** **RG.** Holdheims MSchr. **05** 25, R. **05** 169, BankA. **4** 124. Wenn auch jeder einzelne der verschiedenen für die sofortige Auflösung des Dienstverhältnisses eines Handlungsgehilfen geltend gemachten Umstände für sich allein betrachtet einen sie rechtfertigenden wichtigen Grund nicht darstellt, so kann ein solcher wichtiger Grund doch in der Gesamtheit der Umstände gefunden werden. — **b)** BankA. **5** 46 (Hamburg). Ein wichtiger Grund zur Entlassung eines Handlungsgehilfen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist liegt nicht vor, wenn der Prinzipal von einem vor Abschluß des Anstellungsvertrags liegenden Verhalten des Handlungsgehilfen Kenntnis erhält, das den letzteren zur Ausfüllung seines Postens untauglich erscheinen läßt. Der Prinzipal kann in diesem Falle den Vertrag nur wegen Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft der Person des Gehilfen anfechten.

2. Einzelfälle. — **a)** DJZ. **05** 1015, R. **05** 650 (Rostock). Die Rücksicht auf sein geschäftliches Renommee gibt einem mit Nahrungsmitteln handelnden Prinzipale berechtigten Anlaß, einen Handlungsgehilfen zu entlassen, der einen eventuell auch bereits ausgeheilten Tripper derart behandelt, daß die Behandlung in Anstoß erregender Weise nach außen hervortritt. Gleichgültig ist es dabei, ob dem Handlungsgehilfen sein Verhalten zum Verschulden gereicht; denn der Begriff des „wichtigen Grundes“ zur Kündigung setzt nicht das Vorhandensein eines Verschuldens voraus. — **b)** GewG. **10** 184 (KfmG. Karlsruhe). Auch außerberufliche Vorgänge können als wichtige Gründe, welche ein weiteres Zusammenarbeiten unmöglich erscheinen lassen, in Betracht kommen. Dies wird ganz besonders dann der Fall sein, wenn der Handlungsgehilfe freie Kost und Wohnung genießt und damit als in die häusliche Gemeinschaft des Prinzipals als in einem gewissen Umfange aufgenommen betrachtet wird. Mit Recht ist daher die im Hause des Prinzipals in Kost und Logis befindliche Verkäuferin entlassen worden, welche ein Liebesverhältnis mit dem Bräutigam der Tochter des Prinzipals angeknüpft hatte. — **c)** GewG. **10** 167 (KfmG. Breslau). Der Prinzipal kann den Handlungsgehilfen sofort entlassen, wenn er erfährt, daß dieser sich früher Hochstapeleien hat zuschulden kommen lassen, die sofortige Entlassung kann auch vor dem Dienstantritt erfolgen. — **d)** Im Gegensatze dazu hat OLG. Karlsruhe (BadRpr. **05** 155) entschieden, daß Handlungen, die vor dem Engagement liegen (Mitwirkung bei einem Betruge) keinen Entlassungsgrund liefern. — **e)** **RG.** ElsLothZ. **05** 539. Die vom Standpunkte vernünftigen kaufmännischen Ermessens gerechtfertigte Befürchtung des Dienstherrn, daß seine

Interessen durch den Angestellten gefährdet seien, gibt einen sofortigen Entlassungsgrund. — **f)** LG. Stargard, GewG. **11** 15. Einen Entlassungsgrund gibt es ab, wenn der Handlungsgehilfe beim Gerichte die Konkurseröffnung gegen seinen Prinzipal beantragt.

3. Folgen der Kündigung. — **a)** GewG. **10** 367 (Breslau). Der zu Unrecht entlassene Handlungsgehilfe braucht sich nicht zur Wahrung seines Gehaltsanspruchs dem Prinzipale noch besonders zur Verfügung zu stellen. Er ist kein auf täglichen Dienst angenommener Arbeiter, vielmehr zum Prinzipal in ein dauerndes Dienstverhältnis getreten, welches regelmäßig nur an einem Vierteljahrsschluß und nach sechswöchentlicher Kündigung sein Ende erreicht. Die Erfüllung dieser Dienstpflicht hat der Handlungsgehilfe bereits durch seinen Dienstantritt vom 1. 5. 03 dem Prinzipal tatsächlich angeboten. Eine sofortige Entlassung nach Aufnahme der Arbeit ist nichts anderes als die Ablehnung des vom Dienstverpflichteten gemachten Angebots. Eines wörtlichen Angebots bedarf es dann nicht mehr; denn der Dienstverpflichtete, der bereits in Arbeit steht, macht gerade durch seine Bereitschaft zur Fortsetzung der Arbeit das tatsächliche Angebot im Sinne des § 294 BGB. — **b)** Im gleichen Sinne hat sich OLG. Karlsruhe (BadRpr. **05** 153) und OLG. Kassel (SeuffA. **60** 202, BauersZ. **12** 166) ausgesprochen. Letzteres führt zur Begründung aus: Wenn es sich um dauernde Dienste, die der Verpflichtete bisher geleistet hat und weiter zu leisten bereit war, handelt, und der andere Teil durch Entlassung die Annahme weiterer Dienste zurückweist, dann braucht der Schuldner keine nochmalige Zurückweisung dieser Dienste durch ein protestartiges Angebot herbeizuführen. Denn Verzug ist ein rein tatsächliches, des Formalcharakters entbehrendes und keiner formellen Feststellung bedürfendes Verhältnis. — **c)** S. im übrigen BGB. § 615 Ziff. 3.

II. Abs. 2. 1. SeuffA. **60** 152, OLG. **8** 254 (Hamburg). Es ist kein „vertragswidriges Verhalten" nach Abs. 2, wenn der Prinzipal gegen den Handlungsgehilfen auf Grund bestimmter Verdachtsmomente, daß dieser die Ladenkasse bestohlen habe, eine ergebnislos gebliebene strafrechtliche Untersuchung veranlaßt.

2. Weyl, System der Verschuldensbegriffe 342, weist darauf hin, daß in der Literatur die Ansicht vertreten sei, der Begriff der „Vertragswidrigkeit" in Abs. 2 sei gleichbedeutend mit „Verschulden". Mit seiner eigenen Ansicht hält Weyl zurück.

§ 71. 1. **RG.** BadRpr. **05** 133, R. **05** 372. Eine würdige rücksichtsvolle Behandlung des Bediensteten bildet einen Teil der dem Prinzipal obliegenden Vertragspflichten. In der ohne ausreichenden Grund erfolgten Verweigerung jeglicher Beschäftigung kann eine kränkende, nach § 71 zur sofortigen Kündigung berechtigende Behandlung gefunden werden. S. a. BGB. § 611 Ziff. 3 a, § 626 Ziff. 3 b.

2. BadRpr. **05** 214 (Karlsruhe). Der auf Provision und Reisespesen angestellte Reisende hat diese zu fordern, wenn er nach dem Willen des Prinzipals nicht reiste, und zwar schätzungsweise nach dem mittleren Betrage der letzten Jahre, bzw. Spesen schätzungsweise nach dem Betrage, den er nach Abzug des monatlichen Reiseverbrauchs noch ersparen würde; die Weigerung berechtigt zur sofortigen Kündigung.

§ 72. 1. Ziff. 1. **a)** BadRpr. **05** 187, R. **05** 534 (Karlsruhe). Der Begriff der Untreue umfaßt jedes unredliche Verhalten, jede absichtliche Schädigung des Prinzipals (z. B. lügenhafte Darstellung geschäftlicher Vorgänge, Aufgabe fingierter Bestellungen, Beeinflussung von Kunden zugunsten von Konkurrenzgeschäften). Mißbrauch des Vertrauens liegt auch schon in einer leichtfertigen Schädigung des Prinzipals (z. B. durch Preisgabe von Geschäftsverhältnissen).

— **b**) PucheltsZ. **05** 596 (Köln). Annahme von Schmiergeldern seitens eines Fabrikbetriebsleiters rechtfertigt die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses. ⇛ Der Fall ist zwar auf Grund der §§ 133b, 133c GewO. entschieden, durfte aber hier Aufnahme finden, da diese Paragraphen den §§ 70 ff. HGB. nachgebildet sind und der Fall für das Handelsrecht ebenso zu entscheiden wäre. Red. ⇚ — **c**) GewG. **10** 205 (KfmG. Köln). Auch schon dringender Verdacht der Untreue „ist ein wichtiger Grund“ zur Lösung des Dienstverhältnisses und ebenso des Lehrverhältnisses. — **d**) GewG. **10** 219 (KfmG. Pforzheim). Unredlichkeit bei der Berechnung von Vertrauensspesen ist ein Grund zur sofortigen Entlassung des Reisenden.

2. Ziff. 2. **a**) GewG. **10** 185 (KfmG. Hamborn). Ein Korrespondent, der 5 Jahre lang selbständig gearbeitet hat, braucht es sich nicht gefallen zu lassen, daß ihm statt dessen nur untergeordnete Arbeiten (Führung des Materialnachschlagebuchs) übertragen werden. Seine Verweigerung dieser Arbeiten ist keine Weigerung i. S. des § 72 Ziff. 2. — **b**) PuchelsZ. **05** 361 (Köln). Ein Handlungsreisender ist zur Verrichtung von Kontorarbeit verpflichtet. Er kann wegen fortgesetzter Unpünktlichkeit im Kontordienst ohne Einhaltung der Kündigungsfrist entlassen werden. Vgl. JDR. **2** II 58 Nr. 2d. — **c**) GewG. **10** 183 (KfmG. Breslau). Fortgesetztes Zuspätkommen in den Dienst berechtigt den Prinzipal zur Entlassung des Handlungsgehilfen. Das Entlassungsrecht geht auch nicht durch eine kurzzeitige Weiterbeschäftigung verloren. Es genügt, wenn der ursächliche Zusammenhang zwischen Verfehlung und Entlassung feststeht und die Benutzung des Entlassungsgrundes nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise hinausgeschoben wird.

3. Ziff. 3. OLG. **10** 236, SeuffA. **60** 202 (Kassel). Eine „anhaltende“ Krankheit liegt objektiv dann nicht vor, wenn sie zwar in der Vergangenheit längere Zeit gedauert hat, zur Zeit der Kündigung auch noch besteht, aber in kurzer Zeit nach der Kündigung ihr Ende erreicht. Die fristlose Kündigung ist aber schon dann zu Recht erfolgt, wenn nach der durch die Umstände des Falles gerechtfertigten subjektiven Ansicht des Prinzipals die Krankheit zur Zeit der Kündigung eine noch „anhaltende“, d. h. eine solche ist, deren Ende sich noch nicht absehen läßt.

4. Ziff. 4. **a**) LG. I Berlin, KGBl. **05** 98, BauersZ. **13** 67. Mißhandlung eines Handlungsgehilfen durch einen anderen in demselben Geschäft angestellten Handlungsgehilfen berechtigt nur dann zur sofortigen Entlassung des letzteren, wenn sich die Mißhandlung infolge der begleitenden Umstände als eine Achtungsverletzung gegen den Prinzipal charakterisiert. — **b**) GewG. **10** 144 (KaufmG. Lüneburg). Es ist ein Entlassungsgrund, wenn der Gehilfe dem Prinzipal leichtfertige Eidesleistung vorwirft. — **c**) Dagegen ist nach OLG. Karlsruhe (BadRpr. **05** 153) eine grobe Antwort noch kein Entlassungsgrund.

§ 73. 1. Inhalt des Zeugnisses. — **a**) Über Schwedler, DJZ. **05** 117, s. BGB. § 630 Ziff. 2a. — **b**) LG. I Berlin, BauersZ. **12** 165, KGBl. **05** 33. Hat sich der Handlungsgehilfe bei der Beendigung des Dienstverhältnisses mit einem sich nur über Art und Dauer der Beschäftigung aussprechenden Zeugnisse begnügt, so liegt darin ein Verzicht auf ein weitergehendes Zeugnis, und er kann nicht später noch ein Zeugnis über Führung und Leistungen verlangen. — **c**) OLG. **10** 330 (Hamburg). Die Meinung der Mitangestellten über die Leistungen des sich durch sein Zeugnis beschwert fühlenden Angestellten ist gleichgültig. Es genügt, daß der Prinzipal mit den betr. Leistungen nicht zufrieden gewesen ist. — **d**) S. im übrigen BGB. § 630 Ziff. 2.

2. Folgen unrichtiger Zeugniserteilung. — **RG**. PuchelsZ. **05** 344,

BankA. 5 11, JW. 05 369, R. 05 529, BauersZ. 12 259. S. BGB. § 630 Ziff. 5 a.

3. Über nachträgliches Zeugnis s. bei § 630 BGB. Ziff. 1.

§ 74. 1. Weiß a. a. O. Der Konkurrenzausschlußvertrag bedarf keiner Form und kann entgegen der von Düringer-Hachenburg und Makower vertretenen Ansicht auch dahin gehen, daß der Handlungsgehilfe die ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertrauten oder sonst zugänglich gewordenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse anderen nach Beendigung des Dienstverhältnisses nicht mitzuteilen und auch selbst nicht zu verwerten verspricht. Der Inhalt des Konkurrenzausschlußvertrags steht zunächst unter der Herrschaft des § 138 Abs. 1 BGB.; im übrigen kann derselbe nur insoweit Geltung beanspruchen, als er nicht nach Zeit, Ort oder Gegenstand das Fortkommen des Handlungsgehilfen unbillig erschwert. Der Richter muß hier alle einschlagenden Verhältnisse: Alter, Fähigkeiten, Familienstand, Gehaltsverhältnisse des Gehilfen usw. berücksichtigen. Beschränkt ist er durch Abs. 2 und 3 des § 74. Ist die Konkurrenzklausel nach Abs. 3 des § 74 nichtig, so wird dadurch der Dienstvertrag im übrigen nicht berührt; kannte der Prinzipal die Minderjährigkeit des Gehilfen nicht, so kann er nach § 119 Abs. 2 BGB. den ganzen Vertrag anfechten. Überschreitet eine Vereinbarung dem § 74 zuwider die Grenzen der Billigkeit, so hat der Richter deren Inhalt so festzusetzen, daß der Handlungsgehilfe nach Ort, Zeit oder Gegenstand der Beschäftigung nicht mehr unbillig in seinem Fortkommen erschwert wird. Fehlt jedes Interesse des Prinzipals an der Einhaltung des Vertrags, so ist derselbe seinem ganzen Inhalte nach unverbindlich.

2. **RG.** PfälzRpr. **2** 42, R. **05** 534. Bei einem Konkurrenzverbot ist unter „Mitbeteiligung" an einem Fabrikbetriebe die Einsetzung der vollen Arbeitskraft durch Einwerfen von Kapital, Grundstücken, Apparaten usw. mit dem Anspruch auf Teilnahme am Gewinn, gewöhnlich auch mit der Verpflichtung, den Verlust mitzutragen, und unter „Gründung" der gesellschaftsrechtliche Begriff zu verstehen. Eine Mitbeteiligung liegt aber nicht vor, wenn jemand seinem Sohne bei Einrichtung eines gleichartigen Geschäfts ratend und mit Geldunterstützung zur Seite steht.

3. OLG. **11** 383 (Darmstadt). Die von einem Provisionsreisenden unterschriebene Konkurrenzklausel, überhaupt nicht in Artikeln der Branchen des Klägers als Kommissionär oder Agent tätig zu sein, ist unwirksam. Zunächst fehlt jede zeitliche Beschränkung für das Konkurrenzverbot. Auch in örtlicher Beziehung fehlt jede Beschränkung: nirgends also dürfte der Gehilfe die betreffenden Tätigkeiten ausüben. Das enthält einen inneren Widerspruch in sich selbst; denn „Konkurrenz" kann doch z. B. der Gehilfe nicht gut dem Kläger in Gegenden machen, auf die sich des Klägers gewerbliche Tätigkeit nicht erstreckt. Was endlich den Gegenstand betrifft, so bedeutet ein Konkurrenzverbot, welches so ziemlich alle Artikel, Stoffe und ein großes Gebiet der Zutaten einer Branche umfaßt, und zwar gerade der Branche, in welcher der Angestellte gelernt hat und in der er beim Prinzipal tätig war, eine unbillige Erschwerung seines Fortkommens.

§ 75. 1. **RG. 59** 125, JW. **05** 29, BauersZ. **12** 186, R. **05** 346. Der dem Handlungsgehilfen das Dienstverhältnis kündigende Prinzipal muß, wenn er durch Fortzahlung des Gehalts sich seine Ansprüche aus dem vereinbarten Wettbewerbsverbote wahren will, sofort bei der Kündigung dem Handlungsgehilfen die Fortzahlung des Gehalts zusichern.

2. Weyl, System der Verschuldensbegriffe 342, weist darauf hin, daß in der Literatur die Ansicht vertreten sei, das „vertragswidrige Verhalten" des Abs. 1 gleichbedeutend mit Verschulden sei.

3. Kaufmann, R. **05** 157. Unter „erheblichem Anlaß“ ist nicht dasselbe zu verstehen, wie unter dem „wichtigen Grunde“ der §§ 70—72. Der Tatbestand, der den „erheblichen Anlaß“ bilden soll, muß für die Kündigung kausal und dem Handlungsgehilfen als Ursache der Kündigung sofort bei dieser erkennbar geworden sein. Es darf nicht, wie bei dem „wichtigen Grunde“ eine Rechtfertigung der Kündigung versucht werden, die derselben als solche hätte dienen können, als solche aber nicht gedient hat.

4. Weiß a. a. O. Gibt der Prinzipal dem Gehilfen Grund, das Dienstverhältnis gemäß §§ 70, 71 HGB. aufzulösen, so muß dieser sofort oder doch bei nächster Kündigungsgelegenheit eine Erklärung abgeben, dahin gehend, daß er die Klausel für erloschen betrachte und sein Dienstverhältnis entweder sofort oder mit ordentlicher Frist aufkündige, oder von einer Kündigung nur deshalb absehe, weil das Dienstverhältnis an sich schon in nächster Zeit endige. Der Prinzipal muß gleich bei der Kündigung erklären, ob er von dem Rechte der Gehaltszahlung Gebrauch machen will. Hat der Gehilfe für den Fall der Übertretung des Konkurrenzausschlußvertrags keine Konventionalstrafe versprochen, so kann der Prinzipal Einstellung des Konkurrenzbetriebs für die Zukunft und Schadensersatz für die Vergangenheit fordern. Der Erfüllungsanspruch auf Unterlassung des vertragswidrigen Gewerbebetriebs kann mit Hilfe von § 890 ZPO. eventuell unter Mitanwendung von § 888 zwangsweise durchgesetzt werden. Hat der Gehilfe für den Zuwiderhandlungsfall eine Vertragsstrafe versprochen, so erledigt sich die Sache einfach nach § 75 Abs. 2, der den § 340 BGB. für diesen Fall außer Wirksamkeit setzt. Die Strafe wird natürlich nur einmal verwirkt. Zuständig zur Entscheidung über Streitigkeiten bezüglich des Konkurrenzausschlußvertrags sind jetzt die Kaufmannsgerichte, wodurch das Reichsgericht als oberste Instanz mit einheitlicher Rechtsprechung ausgeschaltet wird.

§§ 76—81. Vgl. JDR. 2 §§ 76—81.

Siebenter Abschnitt. Handlungsagenten.

Vorbemerkung: Zu der Frage, ob der Agent im Konkurse des Geschäftsherrn ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus § 61 Nr. 1 KO. habe, haben sich zwei weitere Oberlandesgerichte für die herrschende und zweifellos zutreffende Ansicht ausgesprochen, welche die Frage in verneinendem Sinne entscheidet.

Literatur: Breit, Agent und Geschäftsherr, Holdheims MSchr. **05** 227. — Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905.

§ 84. 1. Agenturvertrag. OLG. **10** 237, R. **05** 257 (Hamburg) (s. auch bei § 611 BGB. Ziff. 2c). Ein Agenturvertrag ist kein Dienstverhältnis im Sinne des BGB. Das Gesetz selbst deutet dieses an, indem es im § 92 von einer Kündigung des „Vertragsverhältnisses“ spricht, während der die Handlungsgehilfen betreffende analoge § 70 den Ausdruck „Dienstverhältnis“ braucht.

2. Kompetenz des Agenten. **a**) PucheltsZ. **05** 376, RheinA. **101** I 139 (Köln). Die Bestimmungen über die Handlungsagenten finden nicht auf gelegentlich abgeschlossene Agenturverhältnisse Anwendung. Die Tätigkeit eines sog. Gelegenheitsagenten ist vielmehr nach den Bestimmungen über den Handelsmäkler zu beurteilen. — **b**) RG. GruchotsBeitr. **49** 887. Agenten einer Versicherungsgesellschaft, mögen sie einfache oder Generalagenten sein, sind kraft dieser ihrer Eigenschaft keineswegs Bevollmächtigte, Stellvertreter der Gesellschaft im allgemeinen. Sie sind in erster Linie Vermittler von Geschäften; zur „Vertretung“ im Sinne der §§ 164ff. BGB. sind sie nur insoweit ermächtigt, als ihnen eine Vertretungsmacht besonders eingeräumt ist. Der Abschluß eines Aufrechnungsvertrags gehört jedenfalls nicht zu den Geschäften, zu welchen ein Generalagent als solcher ermächtigt ist.

3. Pflichten des Agenten. **a)** BauersZ. **12** 257, OLG. **11** 23 (Karlsruhe). Der Handelsagent hat seine Verpflichtung, die Interessen des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen, auch nach der Richtung zu betätigen, daß er, soweit ihm hierzu Mittel und Wege zu Gebote stehen, die Kreditwürdigkeit neuer Kunden an Ort und Stelle prüft und Aufträge Kreditunwürdiger nicht entgegennimmt oder wenigstens bei Übersendung der Aufträge die obwaltenden Bedenken mitteilt. — **b)** R. **05** 346 (Breslau). Der Agent, der den Geschäftsherrn zum Eingehen auf das Geschäft durch seine (des Agenten) genaue Kenntnis der Vermögensverhältnisse der Vertragsgenossen veranlaßt, haftet dem Geschäftsherrn vertragsmäßig für den Schaden, und kann sich nicht auf Gutgläubigkeit wegen der Zahlungsfähigkeit des Gegenkontrahenten berufen. — **c)** Weyl 126 f. Die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns", von welcher im § 84 die Rede ist, ist nichts anderes als die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" des BGB. Das Wort „ordentlich" will das Maß der vom Gesetzgeber für erforderlich erachteten „Sorgfalt" angeben und damit die Abgrenzung gegen die Fahrlässigkeit treffen.

§ 85. 1. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 162, SächsA. **15** 206, R. **05** 372, BadRpr. **05** 85. Wenn der Vermittelungsagent bei Vermittelung des Geschäfts besondere Versprechungen und Zusicherungen gemacht hat, so muß der Geschäftsherr, der das Geschäft ohne Vorbehalt angenommen und bestätigt hat, solche auch gegen sich gelten lassen, selbst wenn er sie nicht gekannt hat. Dagegen haftet der Geschäftsherr für die Zusicherung eines nur mit der Vermittelung von Geschäften betrauten Handlungsagenten, der das Geschäft auch tatsächlich nur vermittelt hat, nicht, wenn der Käufer einen Bestellschein unterzeichnet, der die Zusicherung nicht enthält, und der Geschäftsherr zu „den im Bestellschein angegebenen Bedingungen" die Bestellung annimmt.

2. HansGZ. **05** Hptbl. 295 (Hamburg). Zwar ist grundsätzlich die Regel anzuerkennen, daß bei einem durch einen Agenten vermittelten Geschäft nach Auswechslung der Bestätigungsschreiben Punkte, die zwar Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen, aber in das Bestätigungsschreiben nicht aufgenommen worden sind, als Vertragsbedingungen nicht zu gelten haben, allein eine durch den Agenten des Verkäufers mit dem Käufer ausdrücklich abgemachte Klausel kann nicht dadurch hinfällig werden, daß sie der Verkäufer im Bestätigungsscheine wegläßt. Will er die Klausel nachträglich ausschalten, so hat er die Pflicht, den Käufer auf ihren Fortfall ausdrücklich hinzuweisen.

3. OLG. **11** 24, SeuffA. **60** 406 (Kassel). Die im § 85 bestimmte Pflicht des Geschäftsherrn zu unverzüglicher Ablehnung der ihm von dem Agenten überwiesenen Aufträge bezieht sich nicht auf Bestellungen, welche von dem Agenten unter dem Vorbehalte der Genehmigung des Prinzipals angenommen sind. Der Dritte weiß in einem solchen Falle, daß der Abschluß von der Genehmigung des Prinzipals abhängt, und die §§ 177, 178 BGB. geben ihm Mittel in die Hand, den Prinzipal zur Erklärung binnen kurzer Frist zu nötigen.

4. **RG. 60** 187, JW. **05** 235, DJZ. **05** 457, R. **05** 285. Die Vorschrift des § 85 ist nicht analog auf den Fall anzuwenden, wenn der Vermittelungsagent das Geschäft nicht im Namen des Geschäftsherrn abgeschlossen, sondern nur die bindende Offerte des Dritten entgegengenommen und dem Geschäftsherrn übermittelt hat. Der § 85 stellt eine gesetzliche Vermutung der Genehmigung für den Fall auf, daß der Handlungsagent, der nur zu vermitteln, also Offerten nur entgegenzunehmen und an seinen Geschäftsherrn weiter zu befördern hat, unter Überschreitung dieser Vollmacht das Geschäft abschließt. Ist aber das Geschäft vom Agenten nicht abgeschlossen, sondern nur an den Geschäftsherrn übermittelt worden, so kann von einer Vollmachtsüberschreitung keine Rede sein;

vielmehr hat der Agent innerhalb seiner Vollmacht gehandelt, und die Sache liegt gerade so, als wenn der Dritte seine Offerte dem Geschäftsherrn direkt eingereicht hätte; des letzteren Zustimmung ist zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlich, und das bloße Stillschweigen desjenigen, dem die Offerte gemacht ist, enthält noch nicht seine Genehmigung.

5. **RG.** PosMSchr. **05** 94, R. **05** 469. Der Agent einer Versicherungsgesellschaft hat den Abschluß von Versicherungsverträgen zu vermitteln, ist aber nicht befugt, ohne besondere Ermächtigung namens der Gesellschaft mit den Versicherungsnehmern selbst Verträge abzuschließen; auch ist aus der Bezeichnung eines Agenten als Generalagenten nicht zu folgern, daß er ermächtigt sei, Rechtsgeschäfte namens der Gesellschaft abzuschließen.

6. RIA. **5** 56 (KG.). Aus der Ermächtigung des Generalagenten einer Versicherungsgesellschaft, für sie in ihrem Namen Versicherungsverträge abzuschließen, folgt noch nicht die Befugnis, die der Gesellschaft aus den Verträgen obliegenden Leistungen selbständig festzustellen und zu begleichen.

7. OLG. **11** 28 (Hamburg). Das Wort: „Vertreter" deckt sich in der kaufmännischen Ausdrucksweise nicht immer mit dem Rechtsbegriffe des „Stellvertreters".

§ 86. OLG. **11** 26 (Karlsruhe). Daraus, daß der Geschäftsherr es öfters unbeanstandet gelassen hat, daß der Agent Geld von Kunden eingezogen hat, kann noch nicht ohne weiteres eine allgemeine Ermächtigung zur Geldeinziehung gefolgert werden. Auch seine Bezeichnung als „Vertreter" enthält keine solche Ermächtigung, ebensowenig der Auftrag, Wechsel beizubringen.

§ 87. OLG. **11** 26 (Karlsruhe). Für die Unterscheidung des Platzagenten vom reisenden Agenten kommt es nicht darauf an, ob der Agent für die Zwecke des einzelnen Geschäfts eine Reise unternehmen muß, was auch oft beim Platzagenten nötig wird, sondern auf die ganze Art, wie die Geschäftstätigkeit ausgeübt wird, ob sie von einer eigenen zentralen Niederlassung aus erfolgt oder ohne Beziehung zu einer solchen nach Art eines Reisenden.

§ 88. 1. Abs. 1. Das angebliche Konkursvorrecht der Agenten. Das OLG. Hamburg (DIZ. **05** 968, OLG. **10** 205) und das OLG. Dresden (BauersZ. **13** 43, R. **05** 596, SächsA. **15** 539) haben sich der herrschenden Meinung angeschlossen, daß dem Handlungsagenten nicht das Vorrecht aus § 61 Nr. 1 KO. zusteht. Allerdings spricht die neue KO. nicht mehr von einem „dauernden" Dienste, sie fordert aber noch immer ein Verdingen zur Leistung von Diensten, also einen Dienstvertrag. Ein solcher ist der Agenturvertrag nicht; er ist ein Vertrag zwischen zwei selbständigen Kauf- oder Geschäftsleuten mit eigenartigem, durch das Gesetz bestimmtem Inhalte. (Vgl. IDR. **3** § 88 Abs. 1 Nr. 1, **2** § 88 Nr. 5.)

2. Abs. 2. **a)** PucheltsZ. **05** 199 (Köln). Falls der Geschäftsherr die Ausführung eines vom Handlungsagenten vermittelten, bzw. abgeschlossenen Geschäfts ablehnt, so trifft den Agenten die Beweislast, daß zur Ablehnung keine wichtigen Gründe in der Person desjenigen gegeben waren, mit welchem das Geschäft abgeschlossen ist. (Vgl. IDR. **3** II 28 Abs. 2 Nr. 3.) — **b)** HansGZ. **05** Hptbl. 104, BauersZ. **12** 213 (Hamburg). Wenn nach perfektem Abschlusse die Kontrahenten über nachträgliche Bedingungen in Streit geraten und darüber das Geschäft auseinandergeht, so geht der Agent deswegen der von ihm verdienten Provision nicht verlustig, mag Schuld und Unrecht in Hinsicht des Verlangens oder Verweigerns derartiger außerhalb seines Abschlusses liegender Bedingungen auf seiten seines Geschäftsherrn oder des Gegenkontrahenten liegen. — **c)** *Mayer, R. **05** 429. Mit dem Geschäftsabschlusse ist die Vermittelungstätigkeit des Agenten als solchen abgeschlossen, er hat damit alles getan, was er zu tun hatte,

um die Provision zu verdienen. Dem entspricht es, daß er auch mit dem Geschäftsabschlusse bereits ein Recht auf die Provision erwirbt, wenn auch dieses Recht zunächst von der Ausführung des Geschäfts, als von einem zukünftigen, objektiv ungewissen Ereignis aufschiebend bedingt ist. — **d)** OLG. **10** 237 (Hamburg). Die Vereinbarung „von Posten, die in Verlust geraten oder zurückgehen sollten, vergüte ich nichts" deckt sich mit dem Sinne des § 88. Daher befreit sie den Geschäftsherrn von der Pflicht zur Provisionszahlung nicht, wenn die Ausführung des Geschäfts infolge seines Verhaltens unterbleibt.

§ 89. BadRpr. **05** 227 (Karlsruhe). Der Grundsatz der Billigkeit, der dazu geführt hat, dem für einen Bezirk angestellten Agenten auch bezüglich der von dem Geschäftsherrn abgeschlossenen Geschäfte Provisionen zu bewilligen, verliert seine Berechtigung, wenn der Agent seine Vertragspflicht, den Vertrieb der Waren nach Kräften auszudehnen, nicht erfüllt.

§ 90. Vgl. IDR. **2** § 90.

§ 91. 1. Breit, Holdheims MSchr. **05** 225. Der unzureichende Schutz des § 91 — unzureichend, weil dem Agenten kein Recht auf Vorlegung der Bücher gegen den Geschäftsherrn zusteht — wird ergänzt durch den auf den Anspruch des Agenten anwendbaren § 260 BGB. (Diese Anwendbarkeit wird von Breit eingehend und überzeugend dargetan.) Der Geschäftsherr ist danach dem Agenten gegenüber zur Vorlegung eines Verzeichnisses des Bestandes der fraglichen Ansprüche verpflichtet. Unter den Voraussetzungen des Abs. 2 § 260 ist der Geschäftsherr auch zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet. (S. auch zu § 260 BGB. Ziff. 1).

2. **a)** OLG. **10** 238, R. **05** 257 (Posen). Ein Recht auf Vorlegung der Handelsbücher hat der Agent nicht, auch nicht im Prozesse. Ein solches Recht läßt sich auch nicht aus § 810 BGB. ableiten. — **b)** LG. II Berlin, BauersZ. **12** 258, KGBl. **05** 64. Der erteilte Auszug muß vollständig sein, das heißt, er muß genaue Angaben über Zeit und Ort des Abschlusses des Geschäfts und seiner Erfüllung enthalten. Ist er nicht vollständig, so kann der Agent auf Erteilung eines vollständigen Buchauszugs klagen. Der Geschäftsherr kann sich auch, gegenüber seiner Verpflichtung, einen vollständigen Bücherauszug zu liefern, nicht darauf berufen, daß er selbst keine Bücher geführt habe, falls ihm die Pflicht hierzu nach § 38 HGB. oblag.

§ 92. Heuer, DJZ. **05** 904, bejaht die im Geschäftsleben vielfach strittige Frage, ob der Handlungsagent verpflichtet sei, nach Auflösung des Agenturverhältnisses die ihm übergebenen Verkaufsmuster an den auswärtigen Geschäftsherrn zurückzusenden. Heuer kommt zu diesem Resultat auf Grund der zwischen Agentur- und Kommissionsvertrag obwaltenden Analogie und der Tatsache, daß der Kommissionär gegenüber dem auswärtigen Kommittenten die Pflicht der Übersendung der auf Grund der Kommission in seinen Besitz gekommenen Sachen hat. — ➠ Ob hier nicht der Analogie ohne Not rechtsbildende Kraft eingeräumt wird? Man kommt auch ohne Analogie zu einem Resultate, allerdings zu einem gegenteiligen. Der Agenturvertrag ist ein auf eine Geschäftsbesorgung gerichteter Dienstvertrag, auf den gemäß § 675 BGB. die Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden. Danach ist der Agent nach § 667 nur zur Herausgabe der Muster und, da Erfüllungsort nach § 269 sein Wohnort ist, nicht zu deren Zurücksendung verpflichtet. Er braucht die Muster also dem Prinzipale nur zur Verfügung zu stellen. — Red. ⟵

Achter Abschnitt. Handelsmäkler.

Literatur: Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. München 1905. — Zander, Klauseln im Handelsverkehre, GruchotsBeitr. **49** 573 ff.

§ 93. BraunschwZ. **52** 161 (Braunschweig). Ein auf die Dauer angelegtes Vertretungsverhältnis kann nicht als Mäklervertrag angesehen werden. — Ein Anspruch auf Auskunftserteilung (§§ 88, 91) steht dem Mäkler nicht ohne weiteres zu.

§ 94. 1. RG. **59** 350, BankA. **4** 188, JW. **05** 314, HansGZ. **05** Hptbl. 79, R. **05** 622. Die Schlußnote hat den Zweck, Klarheit über die Vertragsbedingungen zu schaffen und den Parteien den Beweis zu erleichtern; deshalb dürfen die Parteien ihren Inhalt nicht ohne jedweden Nachteil unbeachtet lassen. Aus dem widerspruchslosen Empfang der Schlußnote eines Handelsmäklers kann daher auf die Genehmigung ihres Inhalts gefolgert werden, auch wenn die Schlußnote nicht unterschrieben ist.

2. Weyl 201. Wenn § 94 „unverzügliche" Zustellung der Schlußnoten verlangt und „unverzügliche" Anzeige der Weigerung einer Partei, die Schlußnote anzunehmen oder zu unterschreiben, so wird die bloße Verzögerung die Schadensersatzansprüche des § 98 geben.

§ 95. Zander: Durch die Annahme der Schlußnote entstehen zwei Verträge: ein Vertrag zwischen Mäkler und Adressaten und ein Vertrag zwischen dem Adressaten und dem noch unbenannten Dritten. Der erste Vertrag kommt durch Annahme der Schlußnote zustande; der zweite bleibt bis zur Benennung des Dritten in der Schwebe. Nach erfolgter Benennung wirkt das Geschäft auf den Zeitpunkt der Annahme zurück. Der Lauf der Frist zur Benennung des Dritten beginnt mit der Annahme der Schlußnote. Einer Mahnung bedarf es nicht. (AA. Makower III zu § 95, 160). Die Benennung gehört noch zur Erfüllung des Vertrags zwischen Mäkler und Adressaten. Sie ist deshalb rechtsgeschäftliche Willenserklärung. (AA. Düringer-Hachenburg 295.)

§ 98. 1. OLG. **10** 238, R. **05** 257 (Hamburg). Da der § 98 nur den regelmäßigen Fall im Auge hat, bei welchem der Handelsmäkler beiden Teilen seine Vermittlerdienste leistet, so findet die dort gegebene Vorschrift der Haftung keine Anwendung, wenn jeder Teil durch einen von ihm angenommenen Mäkler seine einseitigen Interessen wahrnehmen läßt.

2. Weyl 329. „Verschulden" ist im gleichen Sinne wie im BGB. gebraucht.

§ 99. Vgl. JDR. **2** u. **3** § 99.

Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahre ist das Handelsgesellschaftsrecht in dem bereits im vorigen Jahrgange des JDR. rühmend hervorgehobenen Kommentar von Goldmann zum Abschlusse gekommen; seine Ausführungen sind an mehreren Stellen berücksichtigt und sollen auch im nächsten Jahrgange zusammen mit der neuen Auflage des Makowerschen Kommentars, dessen erste Lieferung kürzlich erschienen ist, mit verarbeitet werden. — Im übrigen fehlt es an Neuerscheinungen, welche sich über das gesamte Handelsgesellschaftsrecht oder einzelne dieses ganze Gebiet betreffende Fragen verbreiteten. — Die wenigen in Betracht kommenden Entscheidungen allgemeinen Inhalts sind dem ersten Abschnitte vorangestellt. Unter ihnen bietet das Urteil des KG. über die religiösen Gesellschaften besonderes Interesse, nachdem die dort behandelte Frage und die Stellung der Rechtspflege zu ihr in mehreren Sitzungen des preußischen Abgeordnetenhauses, zuletzt am 24. Februar, zur Sprache gebracht worden ist.

Allgemeine Bemerkungen zum zweiten Buche.

1. Handelsgesellschaften von Religiosen.

a) Vgl. JDR. **2** Note 2 und **3** Note 1 zum zweiten Buche des HGB.

b) OLG. **11** 393, ZBlFG. **6** 297 (KG.) erklärt unter eingehender Darlegung der rechtlichen Lage eine GmbH., welche sich unter dem Namen: „Freie evangelische Gemeinschaft" zu dem Zwecke: „Gemeinschaftspflege und Evangelisation und Errichtung von Bethäusern" gebildet hat, für ungültig, weil die in Rede stehende Religionsgesellschaft nicht zur Gemeinschaft der anerkannten Landeskirche gehört, demnach juristische Persönlichkeit nur durch einen Gesetzgebungsakt erlangen kann. Art. 13 PrVerf. ist durch Art. 84 EGBGB. aufrechterhalten.

2. Ausländische Handelsgesellschaften. — **a)** Vgl. JDR. **2** Note 3, **3** Note 2 zum zweiten Buche des HGB. — **b)** **RG.** III und V, DJZ. **05** 968. Art. 10 EGBGB. bezieht sich nicht auf die handelsrechtlichen Gesellschaften, weil diese nicht unter §§ 21, 22 BGB. fallen. Dies folgt aus der Entstehungsgeschichte des Art. 10. — **c)** **RG.** II, HansGZ. **05** Hptbl. 21, tritt den Ausführungen des OLG. Hamburg, JDR. **3** Note 2 b der allg. Bemerkungen zum 2. Buche über die Rechte und die Parteifähigkeit der ausländischen Handelsgesellschaften bei. — **d)** HansGZ. **05** Hptbl. 11 Nr. 4, OLG. **10** 129 (Hamburg). Die klagende Gesellschaft ist eine zum Zwecke des Betriebs von Handelsgeschäften gegründete Gesellschaft und besitzt nach den Gesetzen ihres Heimatsstaats Florida Rechtsfähigkeit. Es fragt sich, ob dies genügt, um ihr auch im Deutschen Reiche Rechtsfähigkeit zu verleihen, oder ob ihr hier Rechtsfähigkeit nur dann zugestanden werden könnte, wenn die von ihr gewählte Rechtsform den Formen einer der Handelsgesellschaften des neuen Rechtes entspräche, oder eines Bundesratsbeschlusses gemäß Art. 10 EGBGB. vorläge. Der Senat entscheidet sich für die erstere Alternative. (Ebenso in JDR. **3** Note 2 der allg. Bemerkungen zum 2. Buche des HGB., gegen die Entscheidung JDR. **2** Note 2 das.) Wenn bezüglich der Tragweite der Vorschrift des Art. 10 EGBGB. auch nur nicht ganz unbegründete Zweifel erhoben werden können, ist der Gesetzesvorschrift die Auslegung zu geben, welche den Erfordernissen des Verkehrs gerecht wird.

3. Wechsel der Unternehmungsform. — **a)** Vgl. JDR. **2** Note 4 zum zweiten Buche des HGB.

b) OLG. **9** 246, KGBl. **04** 83, GoldschmidtsZ. **56** 237 (KG.). Die Umwandlung einer oHG. wie einer KG. in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung läßt sich nicht anders als durch Auflösung der ersteren und Neuerrichtung der letzteren bewirken. — **c)** R. **05** 225 (Dresden). Die Umwandlung einer oHG. in eine GmbH. ist nicht eine bloße Firmenänderung, sondern eine Änderung in der Form der Gesellschaft, durch welche eine vollständig neue Gesellschaft entsteht. Es bedarf daher zur Umschreibung der Gesellschaftsgrundstücke der Auflassung. — **d)** Vgl. auch Note b zu § 105.

Erster Abschnitt. Offene Handelsgesellschaft.

Vorbemerkung: An größeren literarischen Arbeiten über die oHG. fehlt es im Berichtsjahre; nur die zu § 105 zitierte Dissertation von Scheuing kommt auf Allgemeineres zu sprechen. Unter den Entscheidungen sind die zu § 105 Note 1 mitgeteilten über den Rechtscharakter der oHG. hervorzuheben. Der österreichische Verwaltungsgerichtshof stellt sich dabei, wie uns scheint mit beachtenswerten Gründen, auf einen anderen Standpunkt als die deutsche Rechtsprechung, gegen die auch Laband (s. JDR. **3** Note 1d zu § 105) sich ausgesprochen hat. Hinzuweisen ist ferner auf die Ausführungen des RG. zu den §§ 110, 128 (Note zu § 128).

Erster Titel. Errichtung der Gesellschaft.

§ 105. Literatur: Sachau, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, GoldschmidtsZ. **56** 445f. — Scheuing, Die Führung einer zweiten Firma durch Handelsgesellschaften und deren Teilnahme an einer oHG. (Tübinger Diss.). — Worel, Ist eine deutsche oHG. verpflichtet, für ihre Zweigniederlassung im Inlande (Österreich) einen Prokuristen zu bestellen? JBl. **05** 459.

1. Rechtscharakter der oHG.

a) Vgl. IDR. 2, 3 Note 1 zu § 105.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 51, BauersZ. **12** 163 ff. Die oHG. ist nicht juristische Person, sie ist die Verbindung der Gesellschafter zur Gesellschaft. Ihr Vermögen gehört zwar den Gesellschaftern, aber nur in ihrer Verbindung zur Gesellschaft. Das Guthaben des einzelnen ist kein Bruchteil des Gesellschaftsvermögens Ebensowenig decken sich die Handlungen und Unterlassungen, welche ein Mitglied der oHG. in seinen persönlichen Beziehungen vornimmt, mit den Handlungen und Unterlassungen der Gesellschaft oder der Gesellschafter, soweit sie in Vertretung der Gesellschaft handeln. Hat sich mithin die Gesellschaft verpflichtet, eine bestimmte Handlung bei Vermeidung einer Konventionalstrafe zu unterlassen, so verfällt die Strafe nicht, wenn ihr vertretungsberechtigter Gesellschafter die Handlung in seinen persönlichen Beziehungen vornimmt.

c) **RG.** IMBl. **05** 321. Stellt die oHG. auch keine selbständige Rechtspersönlichkeit dar, so sind die mehreren Gesellschafter doch nur in ihrer Zusammenfassung die Träger der gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten (vgl. **RG.** **56** 206). Auch nach dem Inkraftreten des BGB. und des HGB. n. F. ist die oHG., ebenso wie die oHG. des früheren HGB. und die Gesellschaft des BGB. keine juristische Person, nähert sich ihr aber, die vereinigten Gesellschafter sind zwar die Träger des Gesellschaftsvermögens, dieses ist jedoch ein selbständiges, und an ihm besteht eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, so daß der einzelne Gesellschafter der Gesellschaft, wenn er von ihr zum Gesellschaftsvermögen gehörige Gegenstände erwirbt, gleich einem Dritten gegenübersteht und die Gegenstände aus dem Vermögen der Gesellschaft in ihrer Totalität nicht als zum Teile ihm selbst gehörende Sachen erwirbt. Wenn daher der eine Gesellschafter der Gesellschaft ein Grundstück übertragen hat, steht er bei der Übertragung der Gesellschaft als Dritter gegenüber, und die Gesellschaft ist in ihrer Totalität die Erwerberin. Die Individualität der einzelnen Gesellschafter — in diesem Falle war ein Vater mit seinen beiden Söhnen die Gesellschaft eingegangen — das besondere verwandtschaftliche Verhältnis, in dem sie zueinander stehen, kann hierbei nicht in Betracht kommen.

d) IBl. **05** 388 (KKVerwG.) (österreichisches Recht). Die oHG. ist im Verhältnis zu dritten Personen in manchen Beziehungen wie ein selbständiges einheitliches Rechtssubjekt zu behandeln. Daraus folgt aber nicht, daß im Verhältnisse der Gesellschafter untereinander die oHG. ein den einzelnen Gesellschaftern gegenüber selbständiges Rechtssubjekt ist, und daß das Gesellschaftsvermögen ein von dem Vermögen der Gesellschafter verschiedenes Vermögen bildet. Das von den Gesellschaftern für Gesellschaftszwecke der Substanz nach gewidmete Vermögen bildet auch gegenüber den Gesellschaftern ein gebundenes Vermögen, solange und insoweit dasselbe nicht durch übereinstimmenden Willen der Gesellschafter von dieser Widmung befreit wird. Allein diese Gebundenheit und Geschlossenheit des gesellschaftlichen Vermögens macht dasselbe nicht zum Eigentum einer dritten, von den Gesellschaftern verschiedenen juristischen Person, sondern es ist eben nur das den Gesellschaftern gemeinschaftlich gehörige, dem gesellschaftlichen Betriebe gewidmete Vermögen, gesichert gegen einseitige Verfügungen der Gesellschafter, ohne daß diese aufhören, die alleinigen Träger der Rechtssphäre der Gesellschaft zu sein. Es ist daher nicht zutreffend, eine zwischen den Gesellschaftern sich vollziehende Auseinandersetzung in Ansehung eines Teiles der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Objekte gebührenrechtlich als eine entgeltliche Vermögensübertragung von der Gesellschaft an die einzelnen Gesellschafter zu behandeln (vgl. auch AÖstGZ. **05** 100).

e) LG. Kassel, ZBlFG. **6** 373. Wenn Miterben eine oHG. begründen und ein Nachlaßgrundstück gemeinschaftlich in die oHG. einbringen, bedarf es keiner Auflassung. Das Eigentumsverhältnis ändert sich weder den Anteilen, noch der Art nach, eine Änderung tritt nur in dem Gemeinschaftsverhältnis ein, das in einigen unwesentlichen (?) Punkten geändert wird — s. auch unten Note 7.

2. Der Eintritt Dritter in die oHG. **a)** Vgl. JDR. **2** Note 3 zu § 131 u. Note 4b zu § 161.

b) **RG.** BauersZ. **12** 232, BankA. **4** 188, Holdheims MSchr. **05** 163, ZAkt. Wes. **15** 233. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters in eine Gesellschaft hat eine neue Vereinbarung zwischen sämtlichen Gesellschaftern zur Voraussetzung. Es ist aber rechtlich möglich und zulässig, daß schon bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags der Eintritt eines bestimmten Dritten in der Weise ins Auge gefaßt wird, daß sich einer der Kontrahenten dessen Aufnahme zu bestimmten Bedingungen vorbehält. In solchem Falle wird der Dritte durch eine entsprechende Vereinbarung mit dem Gesellschafter, zu dessen Gunsten der Vorbehalt vereinbart ist, Gesellschafter, ohne daß es der Zustimmung der anderen Gesellschafter bedarf. Diese Zustimmung ist bereits implicite in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag erteilt. Unerheblich ist es für das Verhältnis unter den Gesellschaftern, wenn die Anmeldung des Eintritts noch einige Zeit unterbleibt; ebenso ist es gleichgültig, wenn der aufnehmende Gesellschafer vor der Anmeldung stirbt.

3. Wer kann Mitglied einer oHG. sein?

a) Vgl. JDR. **2** Anm. 3, **3** Anm. 2 zu § 105.

b) Scheuing a. a. O. Es besteht ein Verkehrsbedürfnis in der Richtung, daß auch den oHGen und AGen die Beteiligung an einer oHG. gestattet sei (27). Da den Handelsgesellschaften alle Befugnisse zuerkannt werden müssen, von denen sie nicht besonders durch die Gesetze ausgeschlossen sind, ist prima facie anzunehmen, daß sie sich auch an einer oHG. beteiligen können (30). Gegen diese Auffassung sind durchschlagende Argumente nicht vorgebracht. — Der Einwand, daß gewisse Bestimmungen des HGB. (Artt. 85, 86, 88, 105, 123 [2] [6], 125 [2] und die entsprechenden Paragraphen des neuen HGB.) ergäben, daß das HGB. nur physische Personen als offene Gesellschafter anerkenne, ist entgegenzuhalten, daß das HGB. zunächst nur an den Normalfall gedacht hat, daß physische Personen die oHG. bilden, damit andere aber nicht hat ausschließen wollen (32); ebensowenig läßt sich ein Einwand aus der Natur und dem Zwecke des Handelsregisters entnehmen (33). — Auch das Wesen der oHG. hindert die Aufnahme anderer Handelsgesellschaften nicht. Der Einwand, daß die umschließende Gesellschaft einen Personenwechsel in der umschlossenen nicht hindern könne, das Kennzeichen individueller Verbindung von Personen also fallen gelassen werde, ist hinfällig, da die hier betonte Geschlossenheit des Personenkreises auch sonst nicht streng durchgeführt ist (34). Unrichtig ist auch, daß das Wesen der AG. mit dem der oHG. unverträglich sei, weil die AG. eine rein kapitalistische Vereinigung, die oHG. aber wesentlich eine Arbeitsgesellschaft sei. Beide Annahmen erleiden wesentliche Ausnahmen (36). — Gegen Staub, Goldmann, Lehmann, Komm., wird der Einwand abgelehnt, daß eine Handelsgesellschaft nicht zwei Firmen führen dürfe (38, s. Note 4), ebensowenig schlägt die Erwägung durch, daß die umschlossene Gesellschaft auch durch die umschließende vertreten werden könne, was der Organisation der oHG., und besonders auch der AG. widerspreche (40 ff.). — Die Bedenken Holdheims (Holdheims MSchr. **1** 195), daß der Eintritt einer AG. in eine oHG. zur Umgehung der Vorschriften über den Erwerb eigener Aktien, oder über die Nachgründung oder die Bilanzaufstellung führen könne (46), können die Gegenansicht nicht stützen (44 ff.). End-

lich ist es unrichtig, daß das durch die Vereinigung mehrerer Handelsgesellschaften geschaffene Gebilde schwerfällig, und deshalb nicht lebens- und aktionsfähig sei (50). — Zum Abschlusse des Vertrags über die Beteiligung an einer oHG. ist jeder vertretungsberechtigte Gesellschafter einer oHG. und der Vorstand der AG. befugt (52). Über das Verhältnis des Kontrahenten zu seiner Gesellschaft und seiner Befugnis zum Abschluß ihr gegenüber entscheiden die Vorschriften über die Geschäftsführung.

4. Kann die oHG. zwei verschiedene Firmen führen? — Scheuing a. a. O. Die Gründe, welche zu der Bestimmung im § 22 HGB. führten, gelten für die Handelsgesellschaften in gleicher Weise, wie für den Einzelkaufmann, so daß denen, welche den Handelsgesellschaften die Führung einer zweiten Firma nicht gestatten wollen, der Beweis ihrer Behauptung obliegt; zumal der Wortlaut des § 22, ferner § 50 Abs. 3 für die Zulässigkeit sprechen (1—9). — Was die Gegengründe anlangt, so wird a) bezüglich der oHG. behauptet, sie könne eine andere Firma als ihre ursprüngliche nicht führen, d. h. nicht „unter fremdem Namen" auftreten, weil ihr Wesen und Zweck darin bestehe, unter einer bestimmten gemeinschaftlichen Firma ein Handelsgewerbe zu betreiben (so Staub Anm. 9 zu § 22, Goldmann II 470). — Jedoch kann die Angabe eines formellen Zweckes nie die Bedeutung wie die Angabe eines sachlich begrenzten Zweckes haben (10). Aus § 124 läßt sich nur ableiten, daß die oHG. Rechte unter ihrer Firma erwerben kann, nicht daß sie es muß (90); die obige Beweisführung würde auch gegen den Gebrauch einer zweiten Firma durch einen Einzelkaufmann sprechen (11); auch würde sich auf Umwegen, durch Begründung einer neuen oHG. unter denselben Gesellschaftern und Bedingungen das Ziel erreichen lassen (12). — b) Für die KG. gilt das Gesagte (14). — c) Bezüglich der AG. und KAG. lassen sich Gegenargumente aus § 20 nicht entnehmen, da diese Vorschriften nur für die Neugründung einer Firma, nicht auch für abgeleitete Firmen gelten (15). Auch folgt weder aus § 182 noch § 233 die Unzulässigkeit der Führung einer zweiten Firma (16). Allerdings bedarf es zu der Führung und Eintragung der zweiten Firma einer Statutenänderung, da die Firma nach § 182 im Gesellschaftsvertrage bestimmt wird (18). — Es bestehen übrigens auch keine durchschlagenden wirtschaftlichen Bedenken gegen die Führung verschiedener Firmen durch Handelsgesellschaften (22). — Die neu erworbene Firma wird von denselben Personen gezeichnet, wie die erwerbende. Eine entgegenstehende Anordnung ist wirkungslos (24 f.).

5. Der nicht rechtsfähige Verein als oHG.? — Sachau a. a. O. 472. Bei richtiger Interpretation des § 105 gelangt man zu dem Ergebnisse, daß ein nicht rechtsfähiger Verein, welcher unter gemeinschaftlicher Firma ein Handelsgewerbe betreibt, zur oHG. wird. Will er zur KG. werden, so muß ein entsprechender Beschluß gefaßt und die Eintragung der erforderlichen Tatsachen (§ 162 HGB.) bewirkt werden.

6. Kann eine wegen Formmangels nicht zur Entstehung gelangte GmbH. als oHG. behandelt werden? — **a)** WürttJ. **17** 36 (Stuttgart) verneint die Frage. Die abgelehnte Ansicht läßt sich weder aus gesetzlichen Vorschriften, noch aus der Natur der Sache herleiten, würde auch dem Willen der Vertragschließenden nicht entsprechen. Denn dieser geht auf Beschränkung der Haftung der Beteiligten auf gewisse Vermögensobjekte, während der oHG. unbeschränkte Haftung wesentlich ist. — **b)** Vgl. Note 3 zum 2. Buche.

7. Darüber, ob Miterben, welche ein ihnen von dem Erblasser überkommenes Geschäft gemeinsam fortführen, als oHG. anzusehen sind oder nicht, s. JDR. 3 Nr. 1 zu § 27, abgedruckt mit Literaturangaben auch GoldschmidtsZ. **50** 240;

s. auch Goldmann Anm. 3 zu § 105 und Anm. 1 u. 2 zu § 27, sowie oben Note 1 e.

8. Worel a. a. O. verneint die Frage, ob eine deutsche oHG. verpflichtet ist, für ihre Zweigniederlassung in Österreich einen Prokuristen zu bestellen, sowohl vom Standpunkte des österreichischen Handelsrechts als auch des internationalen Rechtes.

9. Der stille Gesellschafter als offener Handelsgesellschafter (s. Note 1 zu § 335).

§ 106. 1. Die Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister. — **RG.** Holdheims MSchr. **05** 283. Die Eintragung einer Gesellschaftsfirma ins Handelsregister begründet lediglich eine Vermutung für das wirkliche Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses nach innen, die durch Gegenbeweis entkräftet wird.

2. Die Eintragungsfähigkeit von Namensänderungen u. ähnl. — **a**) KGJ. **30** B 33 (KG.). Veränderungen im Namen und Wohnort der Gesellschafter sind nicht eintragungspflichtig und brauchen daher nicht zum Register angemeldet zu werden; sie sind aber eintragungsfähig. Bei der Bedeutung der Namensänderung für die Identifizierung der Unterschrift bzw. Firmenzeichnung kann die im Interesse des unmittelbar Beteiligten, wie der Allgemeinheit liegende Richtigstellung des Registers mangels eines ausdrücklichen Verbots unmöglich unzulässig sein. Zwischen dem Namen und den übrigen zur Bezeichnung der Person einzutragenden Merkmalen kann ein Unterschied nicht gemacht werden. — **b**) Vgl. u. zu § 234.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander.

§ 110. Vgl. **RG.** bei § 128.

§ 114. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 47, R. **05** 199, BauersZ. **12** 236, BankA. **4** 142, ZAktWes. **15** 236. Die Vorschriften des HGB. über die Geschäftsführung sind dispositiv; daher kann zwischen den Gesellschaftern beschlossen werden, daß einer von ihnen zur Geschäftsführung zwar nicht verpflichtet sei, aber doch berechtigt sein soll.

§ 118. Vgl. KG. zu § 338 Note.

Dritter Titel. Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

1. Rechtscharakter der oHG. Vgl. Note 1 zu § 105.

2. Wahlberechtigung der oHGen bzw. ihrer Teilhaber bei Kreiswahlen in Baden. — BadRpr. **05** 229 (BadVerwGH.). Das badische Verwaltungsrecht (VerwG. § 30) verleiht den AGen, nicht aber den oHGen Wahlberechtigung, wie seine Vorgeschichte ergibt. Der einzelne Gesellschafter darf aber beim Nachweise des Vorhandenseins der gesetzlichen Voraussetzungen für sein persönliches Wahlrecht seinen Anteil am Betriebskapital der Gesellschaft als eigenes Gewerbesteuerkapital in Rechnung ziehen.

3. Die oHG. im Prozesse. — **a**) Verhältnis der Prozesse der Gesellschafter zu denen der Gesellschaft. — α. KGBl. **05** 96 (KG). Die gegen die oHG. gerichtete Klage kann — nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen — lite pendente auf die Gesellschafter ausgedehnt werden, wenn die passiv Beteiligten nicht widersprechen (vgl. JDR. **2** Note 6 b zu § 124). — β. *Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 421 f. Mit Unrecht stellt Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 27 f. (JDR. **2** Note 6 b δ zu § 124) in Abrede, daß das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil Rechtskraft gegen den einzelnen Gesellschafter besitzt. (Vgl. auch JDR. **1** Note I zu § 322 ZPO.)

b) Einfluß der Auflösung der oHG. auf schwebende Prozesse.

α. Vgl. IDR. 2 Note 6 c bb zu § 124.

β. R. 05 372 (Braunschweig). Wird eine oHG. während eines gegen sie schwebenden Prozesses aufgelöst, so ist dessen Fortsetzung durch die bisherigen Gesellschafter zulässig, wenn sich kein Liquidationsverfahren an die Auflösung anschließt. AA. Staub Anm. 13, der eine neue Klage für erforderlich hält. Das würde aus formalistischen Gründen zu einer Häufung von Prozessen und damit zu einer Verteuerung und Erschwerung der Rechtsverfolgung führen, der jede innere Rechtfertigung fehlte.

§ 125. Literatur: Meyer zu § 125, R. 05 341. — Schönfeld zu § 125, R. 05 341.

1. BreslauAK. 05 17 (Breslau) und Meyer a. a. O. Dem LG. Neiße und OLG. Breslau lag folgender Fall zur Entscheidung vor: Die zwei Gesellschafter einer oHG. hatten je einen Anwalt mit der Vertretung der oHG. beauftragt. Der eine von diesen erkannte den Klaganspruch an, der andere beantragte Klagabweisung. — a) LG. Neiße entschied, daß, da nach § 81 ZPO. jeder der Anwälte unabhängig vom anderen die Partei zu vertreten befugt sei, die Sachlage so zu beurteilen sei, als ob die Partei selbst widersprechende Erklärungen abgegeben hätte. — b) Ebenso OLG. Breslau: Über tatsächliche Anführungen ist nach freier Beweiswürdigung zu entscheiden. Liegen widersprechende Erklärungen über Prozeßhandlungen vor, so ist, wenn sie gleichzeitig erfolgen, eine Erklärung überhaupt nicht abgegeben; andernfalls ist die frühere maßgebend.

2. Schönfeld a. a. O. referiert über die Entscheidung zu b: Auch § 115 steht dieser Auffassung nicht entgegen. Das Gesetz hat an die Möglichkeit eines Gegensatzes der Ansichten bei der Vertretung der oHG. nicht gedacht.

3. Vgl. IDR. 2 Note 1 c zu § 232.

§ 128. Findet § 128 auch auf die Forderungen der Gesellschafter gegen die Gesellschaft Anwendung? — 1. Staub Anm. 24 ff., Förtsch, Holdheims MSchr. 7 277 verneinen die Frage.

2. Lehmann-Ring Nr. 12, Goldmann Bem. 28 und Bem. 13 zu § 110 verneinen sie für die Fälle des § 110, und bejahen sie für die Fälle, wo der Gesellschafter der Gesellschaft gewissermaßen als Dritter gegenübersteht.

3. Makower II a 3, 4 bejaht die Frage.

4. **RG.** II 8. 11. 04, 59 143, BadRpr. 05 275, stimmt der unter 2 angegebenen Ansicht zu. Bei Forderungen eines Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft ist zu unterscheiden zwischen solchen Forderungen, welche ohne jede Beziehung zur Gesellschaft entstanden sind, z. B. Darlehen — für diese haften die Gesellschaft und die Gesellschafter nach §§ 124, 128 — und solchen, welche aus dem Besorgen von Gesellschaftsangelegenheiten erwachsen. Für diese haftet nur die Gesellschaft, nicht auch die Gesellschafter. § 110 hat eine doppelte Bedeutung. Gegenüber der Gesellschaft bestimmt er, daß Forderungen des Gesellschafters aus dem Besorgen von Gesellschaftsangelegenheiten, wenn auch ihr Rechtsgrund auf das Gesellschaftsverhältnis zurückführt, reine Gesellschaftsschulden sind und deshalb unbeschränkt gegen die Gesellschaft geltend gemacht werden können. Gegenüber den Mitgesellschaftern bestimmt sie, daß jene Forderungen nur der Gesellschaft gegenüber reine Gesellschaftsschulden seien und § 128 auf sie nicht anwendbar ist, weil nach der im § 110 selbst zum Ausdrucke gelangten rechtlichen Auffassung solche Forderungen in dem Gesellschaftsverhältnis ihren Rechtsgrund haben.

5. S. a. zu BGB. § 415 Ziff. 2: Übernahme der Aktiven und Passiven einer Gesellschaft.

Vierter Titel. Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern.

§ 131. 1. Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 131.

2. BankA. **05** 59, OLG. **9** 306 (KG.). Nach Auflösung einer oHG. kann die Umschreibung ihrer Grundstücke auf die Gesellschafter nicht im Wege der Grundbuchberichtigung, sondern nur der Auflassung erfolgen.

3. Wirkung der Auflösung. — **RG.** HansGZ. **05** Hptbl. 97 (Nr. 47). Eine oHG. hatte sich gegen Geschäftsverluste versichert; nach § 11 der allgemeinen Versicherungsbedingungen gilt die Versicherung als nicht geschlossen, wenn der Versicherte sein regelmäßiges Geschäft aufgibt. — Die oHG. war in Liquidation getreten und forderte Ersatz wegen Geschäftsverluste, welche in dem laufenden Geschäftsjahr entstanden waren. — Das RG. wies im Gegensatze zum OLG. Hamburg die Klage ab, weil die oHG. durch Auflösung und Liquidationsantritt ihr regelmäßiges Geschäft aufgibt. Dies folgt aus dem Sprachgebrauche des HGB., da zu einem regelmäßigen Geschäftsbetriebe der Einkauf von Waren ebenso wesentlich ist, wie der Verkauf, im Liquidationsstadium der Einkauf aber nur noch ausnahmsweise erfolgt; und weil ferner die Berechtigung der bisherigen Gesellschaftsorgane zur Vertretung der Gesellschaft aufhört und auf die Liquidatoren übergeht. — Dabei wird bemerkt, daß die allgemeinen Versicherungsbedingungen für alle unter ihnen geschlossenen Verträge den gleichen Sinn haben müßten, bei ihrer Auslegung mithin die besonderen Verhältnisse des Einzelfalls nicht zu berücksichtigen seien.

§ 139. Literatur: Damm-Etienne, Die Stellung der Erben eines Gesellschafters einer oHG, JustdRundsch. **05** 322 ff.

1. *Damm-Etienne a. a. O. Wie nach § 736 BGB., so kann auch nach § 139 HGB. bestimmt werden, daß im Falle des Todes eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt wird. Das Hauptmoment in der rechtlichen Wirkung dieser Vereinbarung liegt darin, daß die Vereinbarung vor dem Tode des betreffenden Gesellschafters getroffen sein muß; denn die Aufnahme einer solchen Bestimmung nach dem Tode des Gesellschafters würde eine Neubegründung einer Gesellschaft bedeuten. Es bedarf fernerhin einer Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, ein Abkommen zwischen Erblasser und Erbe ist wie die bloße testamentarische Festsetzung ohne jeglichen Einfluß. — Während nach früherem Rechte der Erbe entweder die Erbschaft gänzlich ausschlagen oder durch Eintritt in die Gesellschaft die unbeschränkte persönliche Haftung für alle früheren und künftigen Schulden der Gesellschaft übernehmen mußte, steht nach dem neuen HGB. § 139 unter Beseitigung des alten Mißstandes dem Erben das Recht zu, sein Verbleiben in der Gesellschaft von der Bedingung abhängig zu machen, daß er die Stellung eines Kommanditisten erhält. Der Erbe kann gesetzlicher, testamentarischer Vertragserbe, gewöhnlicher oder Ersatzerbe oder gar Nacherbe sein. Die Erklärung des Erben, ob er in der Gesellschaft verbleiben will oder nicht, hat innerhalb dreier Monate, vom Zeitpunkte der Kenntnis des Erbschaftsanfalls an gerechnet, zu geschehen. Will der Erbe nicht persönlich haftender Gesellschafter sein und wird der Antrag des Erben, ihn als Kommanditist aufzunehmen, von den übrigen Gesellschaftern abgewiesen, so hat der Erbe das unverzügliche Austrittsrecht. In diesem Falle bleiben die bis dahin ausgeführten Rechtsakte des Erben gültig; denn der Erbe war bis zum Moment der Kündigung Gesellschafter. Der Erbe partizipiert auch bis zum Kündigungstage seinem Anteile gemäß an Gewinn usw., für die Gesellschaftsschulden würde er jedoch nur insoweit haften, als er nach §§ 1975 ff. BGB. für die Schulden des Erblassers haften würde. Schlägt der Erbe jedoch nachträglich die Erbschaft aus, so haftet er überhaupt nicht, hat aber auch keinen Anspruch am Gewinne. — Bei Geschäftsunfähigkeit oder Beschränktheit der Geschäftsfähigkeit des Erben hat der gesetzliche Vertreter

die Anträge zu stellen und endet hier die Ausschlagungsfrist erst mit Ablauf von 3 Monaten, nachdem ein gesetzlicher Vertreter bestellt oder der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist. — Nehmen die übrigen Gesellschafter den Erben als Kommanditist auf, so verwandelt sich die offene Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft, jedoch erst am Tage des Antritts der Erbschaft. — Mehrere Erben können verschiedene Stellungen einnehmen. Der eine kann ausscheiden, einer persönlich haftender Gesellschafter, ein anderer Kommanditist werden. — Bezüglich der internen Beziehungen des Erben zu den Mitgesellschaftern ist hervorzuheben, daß der Erbe als persönlich haftender Gesellschafter nur dann Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht besitzt, wenn alle Gesellschafter solche Befugnis hatten. Ist damit aber nur ein Teil der Gesellschafter ausgerüstet, so zählt zu den ausgeschlossenen Gesellschaftern auch der Erbe, selbst dann, wenn der Erblasser die Befugnisse besitzt. Als Einlage ist das Aktivkonto des Erblassers anzunehmen. Bei Erbkommanditisten kann der Gesellschaftsvertrag aus Gerechtigkeitsgründen den Gewinnanteil abweichend von dem des Erblassers festsetzen. Die Bestimmungen des § 139 HGB. sind ius cogens.

2. **RG.** BayRpflZ. **05** 348, Holdheims MSchr. **05** 233, PuceltsZ. **05** 327. Ist die Fortdauer der Gesellschaft für den Fall des Todes eines Gesellschafters mit dessen Erben im Gesellschaftsvertrage vereinbart, so treten die Erben in dieselbe Rechtsstellung ein, welche ihr Erblasser gehabt hat. Wenn dem Erblasser die unbeschränkte Vertretung der Gesellschaft lediglich mit Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften überlassen war, auf seine Erben aber nicht übergehen soll, so muß das in dem Gesellschaftsvertrage klar zum Ausdrucke gebracht werden.

Fünfter Titel. Liquidation der Gesellschaft.

§ 145. R. **05** 169 (BayObLG.). Ist durch den Gesellschaftsvertrag, den zwei Gesellschafter miteinander geschlossen haben, bestimmt, daß, falls der Vertrag durch den Tod eines Gesellschafters gelöst wird, der Überlebende Liquidator sein soll, so ist dieser allein zur Vertretung der Gesellschaft und damit auch zur Auflassung der Gesellschaftsgrundstücke befugt.

§ 146. R. **05** 48, BauersZ. **12** 68 (KG.). Liquidatoren können auch dann noch für eine oHG. ernannt werden, wenn sie aufgelöst, das Geschäft auf einen Dritten, der es allein fortführt, übergegangen ist, und der Vermerk im Handelsregister erfolgt ist.

§ 147. Abberufung der Liquidatoren.

1. Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 146.

2. ÖstZBl. **23** 331 (ÖstOGH.) führt aus, daß die Abberufung eines Gesellschafters aus seiner Stellung als Liquidator nach Auflösung der oHG. durch das Gericht, nicht im Beschlußverfahren, sondern im ordentlichen Streitverfahren zu geschehen habe (Art. 133 österr. HGB. entsprechend § 147 HGB.). Es handelt sich um einen Streit darüber, ob ein wichtiger Grund zur Abberufung vorliegt, also um einen dem Art. 130 österr. HGB. bzw. § 140 HGB. analogen Fall, für welch letzteren der ordentliche Rechtsweg, wie Abs. 2 erkennen läßt, vorgeschrieben ist.

3. R. **05** 21, ZBlFG. **5** 569 (Celle). Der Antrag, einem Gesellschafter die ihm kraft Gesetzes zugefallene Stellung als Mitliquidator zu entziehen, ist nicht an den Prozeßrichter, sondern an den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu richten.

§ 149. 1. Der Liquidator ist ausschließlicher Vertreter der aufgelösten oHG. — R. **05** 22 (Celle). Nach Auflösung der oHG. sind die einzelnen Gesellschafter zur Anstellung der Klage auf Ergänzung der zu Unrecht verminderten Einlage eines Gesellschafters und auf Erstattung zu viel abgehobener

Beträge zur Gesellschaftskasse nicht mehr befugt. Nur der Liquidator vertritt die Gesellschaft, er ist allein befugt, zu entscheiden, was zur Abwickelung der Geschäfte erforderlich ist, und eine den Zwecken der Abwickelung dienende Klage anzustrengen.

2. Die Stellung des Liquidators zu den Erben des verstorbenen Gesellschafters. — BayObLG. 6 94, BankA. 4 188, SeuffBl. 30 235 (BayObLG.). Der Liquidator einer durch den Tod eines Gesellschafters aufgelösten oHG. bedarf zur Verfügung über ein Gesellschaftsgrundstück nicht der Genehmigung des Nachlaßverwalters oder des Nachlaßgerichts.

3. Laufende Geschäfte.

a) Vgl. IDR. 2 Note 3 zu § 149.

b) ZBlFG. 5 493, BauersZ. 12 112 (Dresden). Der Liquidator kann u. U. befugt sein, im Namen der Liquidationsgesellschaft sich an der Gründung einer GmbH. zu beteiligen; denn er ist berechtigt, zur Beendigung schwebender Geschäfte auch neue Geschäfte einzugehen. Die Gründung einer GmbH. kann u. U. zur Verwertung der Aktiva der liquidierenden Gesellschaft erforderlich sein.

4. Die Pflichten des Liquidators gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. — HessRpr. 6 74 (Darmstadt). Ein Liquidator verletzt die ihm obliegenden Pflichten, wenn er den Geschäftsinhabern Summen als Liquidationserlös auszahlt, die zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich sind. Dagegen verstößt er nicht gegen seine Pflichten, wenn er an einen der Geschäftsinhaber Gelder zahlt, welcher dieser als Gläubiger der liquidierenden Gesellschaft zu fordern hat.

§ 155. Abs. 3. **RG. 59** 58 pass. Aus Abs. 3 ist zu folgern, daß Streitigkeiten über die Verteilung der Liquidationsmasse unter den Gesellschaftern zum gerichtlichen Austrage zu bringen sind.

Sechster Titel. Verjährung.

§ 159. **RG. 58** 186 ff. In dem von dem RG. beurteilten Falle hatte ein Gesellschafter einem Wechsel, in welchem sich sein Mitgesellschafter während Bestehens der Gesellschaft verpflichtet hatte, und auf dem der Verfalltag zu späterer Ausfüllung offen geblieben war, nach Auflösung und Eintragung der Auflösung in das Handelsregister, einen Verfalltag gegeben, der in die Zeit nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 159 (Art. 146) fiel. Dazu ist er nicht berechtigt, weil er dadurch das Recht des Gesellschafters aus § 159 unter Verletzung von Treu und Glauben und gegen die offensichtliche Willensmeinung der Beteiligten die Hingabe des Akzepts illusorisch machte.

Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft.

Vorbemerkung: Aus dem späteren Material zu diesem Abschnitte ist hervorzuheben die zu § 161 Note 5b angeführte Entscheidung des RG. darüber, ob die Einlage des Kommanditisten in bar zu zahlen ist.

§ 161. 1. Der nicht rechtsfähige Verein als KG. Vgl. Sachau in Note 5 zu § 105.

2. Über die Umwandlung der KG. in eine GmbH. vgl. Note 3 der Bemerkungen zum zweiten Buche.

3. Darüber, ob eine KG. Teilhaberin einer oHG. sein kann, vgl. Scheuing in Note 3 zu § 105.

4. Die Aufnahme Dritter in die KG.

a) Vgl. IDR. 2 Note 2 zu § 164 und o. Note 2 zu § 105.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 234, SächsA. **15** 703. Der persönlich haftende Gesellschafter ist ohne die Mitwirkung der Kommanditisten nicht befugt, einen

weiteren Kommanditisten in die Kommanditgesellschaft aufzunehmen. Wenn er dabei zugleich namens der Kommanditisten gehandelt hat, können diese die Abmachung nachträglich genehmigen; anders, wenn er lediglich als persönlich haftender Gesellschafter aufgetreten ist.

5. Muß die Einlage bar gezahlt werden?

a) Vgl. IDR. 3 zu § 171.

b) **RG.** BayRpflZ. **05** 282, BankA. **4** 188, BauersZ. **13** 42, Holdheims MSchr. **05** 199, SächsA. **15** 513. Es besteht kein Rechtssatz, nach welchem die Einlage der Kommanditisten in barem Gelde erfolgen müßte. Auch eine Sacheinlage ist gestattet, ihr Gegenstand und ihr Wert braucht im Gesellschaftsvertrage nicht bestimmt zu werden. § 172 Abs. 1 steht dem nicht entgegen. Ein Kommanditist kann der ihm obliegenden Einlegepflicht auch dadurch genügen, daß er eine Forderung, die ihm gegen das Geschäft, in das er eintritt, zusteht, zur Aufrechnung bringt. Auch hierdurch wird die Vermögenslage der Gesellschaft gebessert, insofern das Vermögen entlastet wird, auch wenn der Schuldner eine Befriedigung nicht zu erwarten haben würde.

6. Können die Kommanditisten im Prozesse der KG. als Zeugen vernommen werden? — **RG.** Holdheims MSchr. **05** 234, SächsA. **15** 703. Die Kommanditisten können im Prozesse der KG. nicht als Zeugen vernommen werden, auch dann nicht, wenn die KG. sich bereits in Liquidation befindet.

§ 163. 1. Umfang der Vertretungsmacht des Komplementars. — BadRpr. **05** 138 (Karlsruhe). Der von dem persönlich haftenden Gesellschafter einer KG. mit einem Dritten geschlossene Vertrag ist nicht deshalb nichtig, weil er gegen den Wunsch der Kommanditisten und zum Nachteile der Gesellschaft abgeschlossen war. Er wird vielmehr durch die gesetzliche Vertretungsbefugnis des persönlich haftenden Gesellschafters gedeckt. Nur dann würde seine Gültigkeit beanstandet werden können, wenn er auf einer arglistigen, die widerrechtliche Schädigung der Gesellschaft bezweckenden Kollusion des ungetreuen Sozius mit dem Dritten beruhte.

2. Ausschluß des einzigen Komplementars von der Geschäftsführung. a) Vgl. IDR. 2 Note 3, 3 Note 1 zu § 125.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 47. Der alleinige persönlich haftende Gesellschafter kann trotz vertraglicher Ausschließung von der Geschäftsführung als gesetzlicher Vertreter der KG. mit Rechtswirksamkeit Dritten gegenüber einen anderen ermächtigen, im Namen der Gesellschaft Wechselverpflichtungen zu übernehmen.

§ 166. Vgl. KG. zu § 338.

§ 172. Vgl. Note 5b zu § 161.

Dritter Abschnitt. Aktiengesellschaft.

Vorbemerkung: Auch in diesem Berichtsjahr ist über die Reform des Aktienrechts und des Aktienwesens geschrieben und verhandelt worden. Auf der Generalversammlung des Vereins für Sozialpolitik hat Professor Schmoller gewichtige Vorschläge gemacht, die vielfach diskutiert worden sind. Ihre Mitteilung führt über den Rahmen dieses Werkes hinaus. — Die mannigfachen Vorschläge für die Reform des Aufsichtsrats stellt Stier-Somlo in seiner bei § 243 angeführten Schrift kritisch zusammen. — Erörterungen über die Verwendbarkeit des Proportionalwahlrechts bei AGen sind bei § 251 mitgeteilt. — Von Bedeutung sind die nachstehend genannten Werke von Leist und Wolff; beide führen in die Praxis des Aktienrechts ein. Wolff begnügt sich dabei mit einer knappen Darstellung des geltenden Rechtes, wie es sich nach der herrschenden Meinung darstellt. Leist geht tiefer auf das Juristische ein; seine Ausführungen sind mehrfach berücksichtigt. — Die Neumannsche Abhandlung enthält im wesentlichen allgemeine Erörterungen über Rechtsfähigkeit juristischer Personen, die Konstruktion derselben, die Natur der subjektiven Rechte

und die Anwendung der Ergebnisse auf das Thema. — Zu der von dem letzten Juristentag behandelten Frage, in welchen Fällen der Vorstand und Aufsichtsrat die Generalversammlung zu berufen hat, ist eine Schrift von Jacobi zu verzeichnen, welcher im wesentlichen den Beschluß des Juristentags verteidigt und dessen Inhalt schärfer zu begrenzen sucht (s. Note 3 zu § 253). Der in den Vorjahren mehrerwähnten Frage, inwieweit statutarische Beschränkungen der Ausübung des Stimmrechts zulässig sind, widmet Feder einige Ausführungen (Note 6 zu § 256). — Über das Verhältnis der verschiedenen Organe der Gesellschaft zueinander haben sich die OLG. Dresden und Karlsruhe (Note 4 zu § 231) geäußert. Auch sonst hat sich die Rechtsprechung mit einer Reihe interessanter Fragen zu befassen gehabt. Hervorzuheben ist ein Urteil des OLG. Dresden (Note 1b zu Titel 2), welches sich in ausführlicher Begründung gegen die von Burkas vertretene Auffassung von der Natur des Vermögens der AG. ausspricht. — Das KG. hat entschieden (Note 2 zu § 234), daß die Änderungen in den Personalien eingetragener Vorstandsmitglieder nicht eintragungspflichtig sind. Von Bedeutung ist auch seine zu § 195 mitgeteilte Entscheidung über die Aufgaben des Registerrichters. — Die Streitfrage aus dem Hiberniaprozeß, ob die Wahl zur Besetzung neu errichteter Aufsichtsratstellen vor der Eintragung der Statutenänderung erfolgen kann, ist vom KG. bejaht worden (Note 4 zu § 243). — Klärend wird die Feststellung des RG. wirken, daß der Aktionär bei seiner Wahl in den Aufsichtsrat mitstimmen darf (Note 3 zu § 252). In der Note 3 zu § 260 mitgeteilten Entscheidung spricht sich das RG. in der bereits bekannten Weise über die Tragweite der Entlastungsbeschlüsse aus. Zu § 265 (Note 2) hat das KG. entschieden, daß ein aus § 265 Abs. 2 eingeleitetes Verfahren ein im öffentlichen Interesse geführtes Offizialverfahren sei.

Literatur: Allgemeines. Leist, Die Sanierung von AGen. — v. Neumann, Die Aktien- und ähnliche Gesellschaften als Rechts- und Steuersubjekte, Hirths Ann. 05 321ff., 418ff. — Wolff, Die Praxis der Finanzierung bei Errichtung, Erweiterung, Verbesserung, Fusionierung und Sanierung von AGen, KAGen u. a. m. — Steuerfragen: v. Heckel, Die Besteuerung der AGen in Deutschland, ZAktWes. **15** 17, Abdruck aus BankA. **4** 49. — v. Neumann s. vorstehend. — Rehm, Die Einkommenbesteuerung der AGen nach der neuesten Rechtsprechung des preußischen OVG, BankA. **4** 179. — ZAkt. Wes. **15** 35: Die AGen und die Einkommensteuer. — Das. 203: Die Heranziehung der AGen zu den örtlichen Kirchenbaulasten. — Ins Volkswirtschaftliche streifend: Taeger, Die Einwirkung der letzten Wirtschaftskrisis auf die industriellen AGen in Deutschland, HirthsAnn. **05** Nr. 3 — ZAktWes. **15** 50: Die Ausdehnung des Gebiets der AGen.

Ausländisches Recht: Griechenland: Vertrag zwischen Griechenland und den Niederlanden über gegenseitige Anerkennung der Aktien- und sonstigen Handelsgesellschaften vom 15. 10. 04, GoldschmidtsZ. **57** 165.

Großbritannien: Vertrag zwischen Großbritannien und Rußland über die gegenseitige Anerkennung der Aktien- und sonstigen Handelsgesellschaften vom 29./16. 12. 04, GoldschmidtsZ. **57** 166.

Italien: GoldschmidtsZ. **56** 160.

Massachusetts: Handelsaktiengesellschaftsgesetz von 1903. Unter Vergleichung des AGrechts der anderen nordamerikanischen Bundesstaaten, mitgeteilt von Huberich, GoldschmidtsZ. **56** 193.

Niederlande: s. u. Griechenland.

Rußland: s. u. Großbritannien und Schweiz.

Schweiz: Erklärung zwischen der Schweiz und Rußland betreffend die Stellung der AGen und anderen Handels-, Industrie- und Finanzgesellschaften vom 19. 10. 03.

§ 178. Büsing, Das Indossament 136. Die Aktie ist ein Wertpapier i. S. des HGB.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 179. Genußscheine. 1. Vgl. JDR. **2** Note 4 zu § 179, **3** Note zu 2, 3 zu § 179.

2. Leist a. a. O. 116. Die rechtliche Bedeutung einer als Genußschein bezeichneten Urkunde bestimmt sich nach dem Inhalte der Rechte, welche sie bekundet, und läßt sich nur nach Maßgabe der konkreten Verhältnisse oder der statutarischen Anordnung feststellen. Je nachdem die Generalversammlung auf die Gestaltung der durch die Genußscheine verbrieften vermögensrechtlichen Bezüge Einfluß hat oder nicht, ist zu unterscheiden zwischen Obligationengenußscheinen, die ein selbständiges, von dem Rechte aus der Aktie losgelöstes Forderungsrecht beurkunden, und Aktiengenußscheine, die, als Zubehör des Aktienrechts ausgegeben, obgleich selbständig übertragbar, mit dem Erlöschen des Aktienrechts ihre rechtliche Existenz verlieren. Von diesen wird 110 ff., von jenen 116 ff. ausführlich gehandelt.

3. Von den sog. Aktiengenußscheinen handelt auch kurz Wolff a. a. O. 103.

§ 182. **RG. 59** 107, BauersZ. **12** 149, 220. Die AG. hat nur einen Sitz, einerlei ob die Verwaltung an dem statutarischen Sitze der AG. geführt wird oder nicht. Ihr Sitz entspricht dem Wohnsitze des physischen Menschen.

§ 184. 1. Abs. 1. Vgl. KG. Note zu § 278.

2. Abs. 2. a) **RG.** ZAktWes. **15** 220. Das HGB. versteht unter Ausgabe von Aktien zu einem höheren als dem Nennbetrage nur den von der AG. selbst bei der Ausgabe festgesetzten Überpari-Emissionskurs. Ob der innere Wert der Aktien ein höherer ist, erscheint gleichgültig. — b) Vgl. Note 3 zu § 278.

§ 192. Literatur. Mumm, Wann sind die Revisoren zur Prüfung des Herganges der Gründung einer AG. zu ernennen? DJZ. **05** 642.

Mumm teilt a. a. O. eine Entschließung der Handelskammer Chemnitz mit, nach welcher die Bestellung von Revisoren erst nach Beendigung der Gründung zu erfolgen hat, weil sich erst dann mit Sicherheit übersehen läßt, ob einer der Fälle vorliegt, in denen die Bestellung von Revisoren erforderlich ist (arg. Wortlaut; geprüft werden die Angaben, welche .... gemacht sind, nicht werden, § 193 Abs. 1). Den Antrag auf Bestellung von Revisoren anzubringen, ist nur der Vorstand der AG. befugt.

§ 195. 1. Stellung des Registerrichters im allgemeinen. KGJ. **29** A 223, OLG. **11** 31 (KG.). Das Registergericht hat nur gesetzwidrigen Beschlüssen den Eingang in das Register zu verwehren, nicht aber auch eine Formulierung der Beschlüsse zu halten, die jedes Mißverständnis über ihre Bedeutung ausschließen muß.

2. Darüber, ob die Anmeldungen persönlich zu bewirken sind, s. Note 1 zu §§ 280, 284.

3. Abs. 3. Vgl. KG. Note zu § 280.

4. Barzahlung. a) Vgl. JDR. **3** Note zu § 195.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 246, BauersZ. **13** 55. Als Barzahlung im Sinne des Abs. 3 gilt nur die Zahlung in barem Gelde, in Reichskassenscheinen, sowie in gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken. Gutschrift per Bank, selbst per Reichsbank genügt nicht. Die Vorschrift der Barzahlung sollte den Mißbräuchen im Aktienrecht entgegenwirken und ist strikt auszulegen.

§ 200. Literatur: Müller, Die rechtliche Natur einzutragender Vereine, Gesellschaften oder Genossenschaften in der Zeit vor der Eintragung, DJZ. **05** 809. — Sachau, Der nicht rechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes, GoldschmidtsZ. **56** 445 ff.

Die Rechtsnatur der AG. vor der Eintragung.

1. Goldmann, Kommentar Anm. 2. Die AG. ist vor der Eintragung ein nicht rechtsfähiger Verein. AA. Staub Anm 2, der sie für eine Gesellschaft erklärt.

2. Sachau 446 ff. Die AG. ist vor ihrer Eintragung in das Handelsregister ein nicht rechtsfähiger Verein. Seine Wirksamkeit ist jedoch auf die Vor-

nahme solcher Rechtshandlungen beschränkt, welche die Entstehung der jur. Person unmittelbar herbeizuführen in der Lage sind. Nur die aus solchen Rechtsgeschäften erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten gehen ipso iure auf die zukünftige Gesellschaft über. — Staub subsumiert sie unter die Gesellschaft, weil ein nicht rechtsfähiger Verein den Willen haben müsse, als solcher dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten; dies ist jedoch ein unbegründetes Postulat (446). Nur die Unterordnung unter den nicht rechtsfähigen Verein, paßt sich der Systematik des gesamten Zivilrechts folgerichtig ein.

3. Müller a. a. O. Gesellschaften und Genossenschaften sind vor ihrer Eintragung in die Register weder, wie Staub annimmt, allgemein als bürgerlichrechtliche Gesellschaften, noch mit Makower (12) 301 allgemein als Verein ohne Rechtsfähigkeit aufzufassen. Die Unterordnung unter eine dieser Kategorien hängt davon ab, ob die Beteiligten schon vor der Eintragung einen Verein, wie er auch nach der Eintragung bestehen soll, bilden wollen, und dementsprechend im Rechtsverkehr auftreten, oder ob sie in dieser Zeit sich nur vorübergehend zur Konstituierung eines rechtsfähigen Vereins zusammengeschlossen haben, um sich erst nach der Eintragung als Verein zu betätigen.

§ 201. 1. Die Selbständigkeit der Zweigniederlassung im Grundbuchverkehr. **a)** Vgl. IDR. **2** Note 6, **3** Note 3 zu § 201.

b) Die IDR. **3** Note 3 c α mitgeteilte Entscheidung des KG. steht auch BauersZ. **12** 80.

c) LG. I Berlin, KGBl. **05** 65, tritt der zu 2 gedachten Entscheidung des KG., im Gegensatze zu dessen früheren Entscheidungen (OLG. **4** 47, **2** 199) bei.

2. Eintragungsgebühr. **a)** Vgl. IDR. **2** Note 6, **3** Note 2 zu § 201, und u. Note 2 zu §§ 280, 284.

b) BauersZ. **13** 33 (Karlsruhe). Die im § 45 BadRPKG. und § 75 PrGKG. vorgesehene Ermäßigung der Eintragungsgebühr für eine Zweigniederlassung greift nur Platz, wenn die Hauptniederlassung oder eine frühere Zweigniederlassung in Baden bzw. Preußen bereits eingetragen, mithin die für die Ersteintragung festgesetzte höhere Gebühr dem Staate bereits einmal zugeflossen ist.

§ 202. Erstattung der Gründungskosten. **RG. 59** 423, BauersZ. **12** 210: Wenn die Gründer und einzigen Aktionäre einer AG. sich dieser gegenüber nachträglich verpflichten, die Gründungskosten nach dem Verhältnisse ihres Aktienbesitzes zu erstatten, so liegt darin keine Schenkung. Es fehlt an dem Erfordernis, daß die Bereicherung des Beschenkten auf Kosten einer Vermögensminderung bei dem Spender erfolgt. Die Zuwendung an die AG. hat zur unmittelbaren und notwendigen Folge, daß durch sie der innere Wert der Aktionärrechte entsprechend gesteigert wird. Diese Steigerung kommt dem beteiligten Aktionär entsprechend seinem Aktienbesitz und seinem Beitrag zu den Gründungskosten zu Gute.

Zweiter Titel. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter.

Allgemeine Bemerkungen.

1. Die Stellung der Aktionäre zum Vermögen der AG. **a)** Vgl. IDR. **2** Note 2 zu §§ 210 ff.

b) OLG. **11** 385 (Dresden). Das OLG. wendet sich sehr ausführlich gegen die von Burkas verfochtene Ansicht (s. Nr. 1) vom Wesen der AG. und des Regreßanspruchs gegen ihre Organe. Eine besondere Gesellschaft der Aktionäre neben der AG. ist dem geltenden Rechte fremd. Alles, was sie erwirbt, und dazu gehört auch jeder Regreßanspruch gegen Vorstand oder Aufsichtsrat, fließt in ihr selbständiges Vermögen und haftet mangels einer anderen gesetzlichen Vorschrift unbeschränkt ihren Gläubigern. § 211 enthält keinen Anhalt für die Annahme

einer Beschränkung der Haftung. § 268 bezeichnet den Regreßanspruch ausdrücklich als einen Anspruch der Gesellschaft. Auch aus § 24, Abs. 3 verb. mit § 249 läßt sich nicht folgern, daß er den Gläubigern der AG. nicht haftet.

2. **Aktienerwerb.** a) Vgl. JDR. **2** Note 3 zu §§ 210 ff. — b) BauersZ. **13** 30, Holdheims MSchr. **05** 293, SächsA. **15** 735, SeuffA. **60** 409 (Dresden), bestätigt vom RG. II 18. 10. 05. Wer durch eine betrügerische Auskunft der Verwaltung einer AG. veranlaßt worden ist, Aktien der AG. zu erwerben, hat keinen Schadensersatzanspruch gegen die AG., ebensowenig wie der, welcher sich durch trügerische Mitteilungen zur Zeichnung von Aktien veranlassen läßt (s. JDR. **2, 3** Note 3 zu § 199). Dem Aktionär stehen in dieser seiner AG. nur die Ansprüche aus §§ 213, 300 HGB. zu, weitere Ansprüche widersprechen den Grundprinzipien des Aktienrechts. Auf das bürgerliche Recht können derartige Ansprüche nicht gestützt werden, weil es ausgeschlossen ist, soweit das HGB. im einzelnen Falle anderes bestimmt. — c) Über die Frage, ob auf Verkauf von Inhaberaktien die Vorschriften der §§ 459 ff. BGB., 377 ff. HGB. oder diejenigen der §§ 437 f., 195 BGB. zur Anwendung kommen, sind die Bemerkungen zu diesen Paragraphen zu vergleichen.

§§ 211 ff. 1. Über **Sanierungen** im allgemeinen s. vor § 274.

2. **Können von den Aktionären Zuschüsse ohne Erhöhung des Grundkapitals gegen Gewährung von Vorzugsrechten durch Mehrheitsbeschluß eingefordert werden?** a) Vgl. JDR. **2** Note 1 zu § 211, **3** zu §§ 211 ff.

b) Leist a. a. O. 32 bejaht die Frage gegen Staub (Anm. 3 zu § 282) und Laband (JDR. 2 Note 2 VI 4 zu § 211). Da es nicht in Zweifel gezogen werden kann, daß auch ohne § 262 [3] ein einstimmiger Beschluß über Zuzahlungen wirksam wäre, würde der zit. Paragraph Selbstverständliches sagen, wenn er nur einstimmige Beschlüsse zulassen wollte. Da der Wortlaut keinen bestimmten Anhalt für die Auslegung gibt, müssen innere sachliche Rücksichten entscheiden. Diese sprechen dafür, die von Staub und Laband betonten formellen Bedenken, gestützt auf § 133 BGB. (?), zur Seite zu schieben.

c) Zu dem gleichen Ergebnisse kommt Goldmann (Kommentar Note 15 ff. zu § 185). Doch hebt er hervor, daß für die Gültigkeit des Beschlusses im Einzelfalle geprüft werden muß, ob der Beschluß sich innerhalb der durch das Gesetz gezogenen Grenzen hält oder, über dieselben hinausgehend, die Rechte der Aktionäre verletzt.

3. **Die Einforderung von Zuzahlungen unter der Androhung der Zusammenlegung der Aktien der nicht zuzahlenden Aktionäre und ähnliches.**

a) Vgl. JDR. **2** Note 2 zu § 211.

b) Goldmann, Komm. zu § 185.

c) Leist a. a. O. behandelt eingehend die Entscheidungen des KG. (JDR. 2 Note 2 II 1), OLG. Hamm (JDR. **2** Note 2 II 2) und des RG. (JDR. 2 Note 2 II 5) 28 ff., unter Berücksichtigung der Literatur dazu und gelangt zu folgendem Ergebnis 64 f.: „Durch das reichsgerichtliche Erkenntnis v. 15. 10. 02 ist der Kreis der Sanierungsformen keineswegs verengt; nach wie vor ist jede Sanierungsform zulässig, deren Inhalt den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Von einer Verengung der Sanierungsmöglichkeit kann man nur insoweit sprechen, als durch das Urteil des Reichsgerichts Klarheit darüber geschaffen worden ist, daß die bisher praktisch gehandhabte, aber rechtlich zweifelhafte Methode unverhältnismäßiger Herabsetzung der Aktien unzulässig ist. — Die prinzipielle Tragweite der reichsgerichtlichen Erwägungen besteht in dem Ausgleiche des Gegensatzes zweier mit der Aktienform geborener gesetzgeberischer Interessen des allge-

meinen wirtschaftlichen und sozialpolitischen Interesses an dem Fortbestehen wirtschaftlicher Unternehmungen und der damit verbundenen Arbeitsgelegenheit einerseits, und des besonderen rechtspolitischen Interesses an dem Schutze der einzelnen Aktionäre gegen Übergriffe des Kapitals, sowie an der Aufrechterhaltung des Prinzips der Aktienform andererseits. — Das erstgenannte Interesse erheischt Unterwerfung der einzelnen Aktionäre unter den Gesellschaftswillen hinsichtlich der zur Durchführung der Sanierung erforderlichen Maßregeln und kommt in den Vorschriften der §§ 288, 185 zum Ausdrucke. Das andere, scheinbar unversöhnliche Interesse an der Aufrechterhaltung des Prinzips der Aktienform ist teils in den §§ 211, 214 HGB. geregelt, teils ergibt es sich aus allgemeinen Grundsätzen und aus einer Reihe anderer Bestimmungen. Insbesondere wirkt einschränkend das aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitete Recht auf gleichmäßige Behandlung, das, wie Cosack bei seiner Klassifizierung der allgemeinen Mitgliedschaftsrechte ausführt, kein bestimmtes, subjektives Recht ist, sondern nur der Reflex einer objektiven, die Rechte der Generalversammlung einschränkenden Rechtsregel. Sie hat die Bedeutung eines Korrektivs gegen Ausschreitungen durch mißbräuchliche Ausnutzung der in §§ 285, 185 offen gelassenen Freiheit der Bewegung. — Nur bei Verkennung dieser oberstrichterlichen Gesichtspunkte konnten sich die von uns bekämpften beiden Meinungen bilden, von denen die eine die Bedeutung des reichsgerichtlichen Erkenntnisses unterschätzt, als ob das RG. das Verbot ungleichmäßiger Behandlung der Aktionäre auf den Fall unverhältnismäßiger Zusammenlegung beschränke, in welchem zahlenmäßig zu erfassende Verhältnisse gegeben sind (Heinemann s. IDR. 2 I b α u. Tecklenburg das. 5) während die andere Meinung die Bedeutung des Urteils überschätzt, indem sie die Entscheidungsgründe dahin auslegt, daß die Stellung einer Alternative zwischen Zuzahlung und Zusammenlegung überhaupt unzulässig sei, und zu der Schlußfolgerung gelangt, daß die Schaffung von Vorrechten nur entweder nach Durchführung der Kapitalherabsetzung oder ohne Rücksicht auf eine solche erfolgen könne, wobei die nichtzuzahlenden Aktienbesitzer keinen weiteren Nachteil erlitten, als daß sie hinter die Prioritätsaktionäre zurückträten (Staub). — Es ist aber bereits dargelegt worden, daß die Durchführung des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Aktionäre dem Verfahren nicht im Wege steht, wonach von den Aktionären Zuzahlungen zur Vermeidung der Zusammenlegung ihrer Aktien gefordert werden, wenn die Herabsetzungsziffer zum Betrage der Zuzahlung nicht im Mißverhältnisse steht. Unzulässig ist daher auch nach unserer Auffassung ein Kapitalerhöhungsbeschluß, wonach die Gesellschafter, die sich daran nicht beteiligen, sich gefallen lassen müssen, daß ihre Aktien zusammengelegt werden oder schärfer zusammengelegt werden, als die Aktien derer, die sich an der Transaktion beteiligen. — Geradezu eine Vergewaltigung der Aktionäre, die die Zuzahlung nicht leisten können, enthält beispielsweise folgender in jüngster Zeit von einer Gesellschaft zur Anwendung gebrachter Sanierungsmodus: α. Auf das bisherige Grundkapital soll eine Zuzahlung von 30 pCt. geleistet werden. — β. Die Aktien, auf die diese Zahlung nicht geleistet wird, werden im Verhältnis von 4 : 1 zusammengelegt. — Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß sich eine neue Aktie durch Zahlung bei einem Kursstande von 35 pCt. der alten Aktien auf 65 pCt. stellen würde, durch Zusammenlegung aller Aktien aber auf ungefähr 140 pCt. Die nicht zuzahlenden Aktionäre erlitten also eine unverhältnismäßige Verkürzung um nicht weniger als 75 pCt. — Nicht nur Klarheit in diese vielumstrittene Materie gebracht, sondern durch Aufstellung leitender Grundsätze die Entwickelung der allgemeinen Rechtsregeln, die das Institut der Sanierung beherrschen, im Sinne einer sich den Lebens- und Verkehrsbedürfnissen anpassenden Ausgestaltung gefördert zu haben, darin besteht das Verdienst des RG.

§ 212. 1. Vgl. IDR. 2 Note 4, 3 Note 4 zu § 212.

2. RG. BauersZ. 12 201, 246, GruchotsBeitr. 49 640, Holdheims MSchr. 05 139, R. 05 84. Die §§ 212, 276 enthalten nicht eine authentische Interpretation der Vorschriften des alten HGB. Diese Annahme ist nach den ausdrücklich ausgesprochenen Motiven des Gesetzgebers, sowie deshalb ausgeschlossen, weil den Bestimmungen keine rückwirkende Kraft innewohnt. Die am 1. 1. 00 vorhandenen Gesellschaften, deren Satzungen keine gültigen Bestimmungen über die Rübenlieferungspflicht der Aktionäre enthielten, sind daher den Gesellschaften gleichzuachten, deren Satzungen derartige Bestimmungen überhaupt nicht enthielten.

§ 213. Literatur: BauersZ. 12 106. Aktionären, welche ihren Aktienbesitz veräußern, kann auch nicht vertraglich ein Anspruch auf die Reservefonds zugewiesen werden. — Das. 12 273. Statutarisch nicht erlaubte Reservebildungen lassen sich bei AGen nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns rechtfertigen.

1. § 213 regelt die Rechte der Aktionäre am Vermögen der AG. erschöpfend. — BauersZ. a. a. O. 116. Der im Titel angeführte Satz ergibt sich aus folgendem: Der gesetzliche Reservefonds darf lediglich zur Beseitigung oder Verringerung einer Unterbilanz dienen und daher nicht vertraglich für andere Zwecke gebunden werden. Die freiwilligen Reserven sind der Verfügung der Generalversammlung vorbehalten. Die Ansprüche der Aktionäre sollen sich nach dem Willen des Gesetzgebers in den Rechten aus §§ 213, 200 erschöpfen. Die anteilige Ausschüttung freiwilliger Aktionäre würde die ausscheidenden Aktionäre in einer dem Rechts- und Billigkeitsgefühl widersprechenden Weise vor den verbleibenden bevorzugen.

2. „Reingewinn." — a) Vgl. IDR. 3 Note 1 zu § 213. — b) BauersZ. a. a. O. 273. Gewinnbeträge dürfen nur für solche Reserven einbehalten werden, die vom Gesetz oder Statut vorgesehen sind. Auf die Überschüsse haben die Aktionäre Anspruch; ihre Einbehaltung enthält eine Verletzung des Statuts. — c) OLG. 10 339 (Hamburg). „Reingewinn" ist nicht das, was gerade durch den Betrieb des betreffenden Jahres verdient ist, sondern alles, was bei richtiger Buchführung im Jahresabschlusse buchmäßig als gewinnvergrößender Faktor erscheint; also ist bei seiner Feststellung zu berücksichtigen auch der Gewinnvortrag aus dem Vorjahre und ein früher unter Protest gezahlter, inzwischen zurückerlangter Steuerbetrag.

3. Der Dividendenanspruch. — a) Vgl. IDR. 2 Note 3, 4, 3 Note 2 zu § 213.

b) KGJ. 29 A 223, OLG. 11 32 (KG.). Die einmal durch die Generalversammlung festgesetzte Dividende kann dem einzelnen Aktionär durch die Generalversammlung nicht mehr entzogen werden, dagegen kann sich die AG. vertraglich verpflichten (mit Zustimmung der Generalversammlung) Erträgnisse künftiger Jahre, welche nach dem Statut als Dividende auszuschütten wären, anderweit zu verwenden.

§ 215. Literatur: Reisch, Die sog. Dividengarantie bei AGen und ihre Besteuerung, BankA. 5 31.

1. Dividendengarantie. — a) Goldmann Note 10, Staub Note 3, OVG. 12. 3. 04 (s. Note 2 IDR. 3 zu § 215). Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen Rentabilitätszusage — einem Versprechen, für einen bestimmten Reinertrag des Unternehmens aufzukommen — und Rentengarantie — einem Versprechen, welches die Bedeutung eines den Aktionären erteilten Rentenversprechens hat. — b) Reisch a. a. O. bekämpft diese Unterscheidung, da nach § 215 an die Aktionäre nur verteilt werden darf, was sich nach der jährlichen Bilanz als Reingewinn ergibt, und auch bei der Rentengarantie die Auszahlung einer Dividende garantiert wird, ist der Garant überall, wo nicht unzweideutig etwas

anderes vereinbart ist, verpflichtet, den Reingewinn derart zu ergänzen, daß nach Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen, wie Dotierung des Reservefonds u. a., die garantierte Dividende ausgezahlt werden kann. Danach unterscheiden sich Rentabilitäts- und Rentengarantie nur dadurch, daß bei ersterer die AG. die freie Verfügung über die Verwendung des Reingewinns sich vorbehält, während ihr bei letzterer die Hände gebunden sind; sowie daß die Rentabilitätsgarantie, nicht aber die Rentengarantie von der Anzahl der umlaufenden Aktien abhängig ist. Auch bei der Rentengarantie wird den Aktionären eine bestimmte Dividende garantiert, d. h. eine Dividende mit allen ihren gesetzlichen und statutarischen Voraussetzungen. Von einer Dividende kann nur bei unversehrter Aufrechterhaltung des Stammvermögens gesprochen werden. § 180 Nr. 2 enthält eine Rentengarantie; gleichwohl ist auch hier der Garant zum Ersatze des Geschäftsverlusts und Verstärkung des Reingewinns verpflichtet. — Dem läßt sich auch nicht dadurch entgehen, daß man die Rentengarantie als Vertrag zugunsten Dritter, der Aktionäre konstruiert. Das enge Verhältnis zwischen der AG. und der Gesamtheit der Aktionäre nötigt dazu, einen von der AG. zugunsten ihrer Aktionäre geschlossenen Vertrag nur da anzunehmen, wo bei Erwägung aller in Betracht kommenden Verhältnisse eine andere Auslegung nicht offen steht. Das ist aber hier nicht der Fall. Daß der Garantievertrag vor Ausgabe der Aktien geschlossen wird, erklärt sich daraus, daß man Aktionäre nicht für das Unternehmen, sondern für das garantierte Unternehmen wirbt. Der Aktionär hat und will mit dem Garanten nichts zu tun haben. Die Form der Aktie und des Dividendenscheins als Inhaberpapier schließt es ferner aus, daß aus ihnen gegen eine mit den Papieren in keinem formell-rechtlichen Zusammenhange stehende Person sollte vorgegangen werden können.

2. Hat der Aktionär ein Klagerecht gegen den Garanten aus einer Rentengarantie? — **a)** Goldmann Note 10. Dies ist Tatfrage. Eine Vermutung für ein Klagerecht spricht in den Fällen, wo das Garantieversprechen in der Aktienurkunde oder in dem Dividendenschein Ausdruck gefunden hat. — **b)** Staub Anm. 3 erkennt ein Klagerecht auch in diesem Falle nur dann an, wenn der Vermerk klar erkennen läßt, daß der Aktionär dem Garanten gegenüber der Berechtigte sein soll. — **c)** Das OLG. (s. JDR. 3 Note 2 zu § 215) leitet das Klagerecht aus einem von der AG. mit dem Garanten geschlossenen Vertrag zugunsten Dritter ab, wenn die Garantie vor der Ausgabe der Aktien übernommen und auf der Aktie bzw. dem Dividendenschein zum Ausdrucke gekommen ist. — **d)** Reisch a. a. O. polemisiert gegen diese Entscheidung, da keines der beiden Argumente des OLG. seine Annahme hinreichend stütze; näheres o. 1c.

§ 217. Literatur: BauersZ. **13** 11. Die Rückgewähr ungerechtfertigter Zinsen und Gewinne seitens der Aktionäre.

§ 218. Literatur: Marcus, Findet § 343 BGB. im Falle der Geltendmachung der statutarischen Straffestsetzung einer AG. aus § 218 Abs. 2 HGB. Anwendung? SeuffBl. **05** 82.

Marcus a. a. O. verneint die Anwendbarkeit. § 218 Abs. 2 setzt nicht wie § 343 BGB. einen obligatorischen Vertrag voraus. Die in ihm erwähnte Vertragsstrafe basiert vielmehr auf dem Statut. Da dem Aktionär weitere Ansprüche als die im HGB. normierten nicht zustehen können, hat er auch den Ermäßigungsanspruch aus § 343 BGB. nicht. Für diese Auslegung spricht auch die ratio legis und die Entstehungsgeschichte des Abs. 2.

§ 222. Literatur: Büsing, Wesen und Wirkungen des Indossaments in der heutigen Gesetzgebung 133 ff.

1. Abs. 3. Büsing a. a. O. 138. Die §§ 363 ff. finden auf das Aktien-

indossament keine Anwendung, da dieses in §§ 222 f. erschöpfend und selbständig geregelt ist. — Eine negative Orderklausel auf der Aktienurkunde ist unwirksam; ein Verbot der Übertragbarkeit müßte in den Statuten ausgesprochen werden, um wirksam zu sein (139). Dem Giro muß ein rechtswirksamer Begebungsvertrag zugrunde liegen (140). Der Erwerber der Namensaktie ist schon vor der Eintragung in das Aktienbuch Aktionär (142); die Umschreibung im Aktienbuch hat keine rechtserzeugende Kraft (144), sie schafft lediglich die Legitimation der Gesellschaft gegenüber (145). (AA. Kostanecki, Aktienindossament 170 ff.) Dritten gegenüber und im Verhältnis zwischen Indossant und Indossatar hat das Aktienindossament dieselbe Transportwirkung, wie das Wechselindossament, der AG. gegenüber bewirkt es jedoch keine Legitimation (147 ff.). Der rechtmäßige Besitz der Namensaktie ist hiernach nur eine Vorstufe zur Erlangung der Legitimation (151).

2. Ausschluß von Einreden. — Büsing a. a. O. 152. Das Aktienindossament bewirkt einen abstrakten Übergang der Rechte aus der Aktie. Aus der Natur der Aktie und der des Indossaments folgt, daß § 364 HGB. auf das Aktienindossament analog anzuwenden ist. Dies folgt auch aus dem Charakter der Eintragung in das Aktienbuch. Diese ist der Abschluß eines Anerkenntnisvertrags dahin, daß dem Indossatar von jetzt an das Mitgliedschaftsrecht nach Maßgabe der Statuten zustehe.

3. Zu Abs. 2. Arten des Aktienindossaments. — Büsing a. a. O. 159. Zulässig sind neben dem Aktienindossament, durch das Eigentum übertragen werden soll, ein solches, welches auf Erteilung der Prokura oder Bestellung eines Pfandrechts ausgeht, sowie das versteckte Inkassoindossament.

§ 223. Literatur: S. zu § 222.

BauersZ. **12** 223 (Köln). Der AG. gegenüber gilt der Inhaber einer Namensaktie oder eines Interimsscheins erst dann als berechtigt, wenn er in das Aktienbuch eingetragen ist. Gleichgültig ist, ob die Organe der AG. und die Aktionäre von dem Erwerbe durch den nicht eingetragenen Inhaber wissen, gleichgültig auch, ob die AG. ein Aktienbuch noch nicht eingerichtet hat. Hierzu kann der Interessent sie nötigenfalls mit der Klage zwingen.

§ 227. Literatur: Maria, Étude sur les actions de jouissaux et l'amortissement du capital dans les sociétés par actions. Paris 1905.

Wie ist die Amortisation von Aktien in der Bilanz zum Ausdrucke zu bringen? — 1. Goldmann, Kommentar Note 10. Jede Einziehung von Aktien, auch die durch Ankauf, enthält eine Minderung des Grundkapitals. Da dieses zum Schutze der Gläubiger unversehrt erhalten bleiben muß, muß nach erfolgter Amortisation durch Ankauf entweder gleichwohl das alte Grundkapital, oder neben dem verminderten Grundkapital ein dem Nennbetrage der amortisierten Aktie entsprechender besonderer Posten unter die Passiven aufgenommen werden. — Im Ergebnis ebenso Simon, Bilanzen 220, Ring, Kommentar Note 4 u. 5, Lehmann II 139, 618, Esser Note 3.

2. AA. Staub, Kommentar 13. Das ursprüngliche Grundkapital oder ein der Minderung entsprechender gesetzlicher Reservefonds würde nur dann erforderlich sein, wenn durch die Minderung die Interessen der Gläubiger gefährdet würden. Dies ist aber nicht der Fall, da die Mittel zur Amortisation dem bilanzmäßigen Reingewinne entnommen werden, ein solcher aber nur nach Abzug der Schulden vorhanden ist.

3. Leist a. a. O. 96 ff. stimmt im Ergebnisse Staub zu, macht aber gegen seine Begründung geltend, daß sie mit den Ausführungen Staubs über die Natur des Grundkapitals als eines den Gläubigern diensamen Reservefonds (Anm. 14 zu § 178, 14 zu § 261) im Widerspruche stehe; weiterhin betont er,

daß die Minderung u. U. doch zu einer Schädigung der Gläubiger führen könne, so z. B. bei einer Gesellschaft mit einer auf eine Reihe von Jahren unkündbaren Anleiheschuld. Er selbst begründet seine Auffassung damit, daß kein gesetzlicher Anhalt für die Forderung der Gegner gegeben sei, so sehr auch eine derartige Vorschrift erwünscht erscheine.

Dritter Titel. Verfassung und Geschäftsführung.

§ 231. Literatur: BauersZ. **12** 73: Das Drohen des Vorstandes, Differenzen mit dem übergeordneten Aufsichtsrat vor die Generalversammlung bringen zu wollen. — Das. 123: Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Errichtung einer Zweigniederlassung der AG. durch den Vorstand. — Das. 169: Besteht die Ungültigkeit der Wettbewerbsverbote auch für Vorstandsmitglieder, denen die Stellung ohne ihr Verschulden gekündigt wurde. — Das. 241: Ein zu Unrecht entlassener und Entschädigung fordernder Direktor braucht seine Dienste nicht weiter anzubieten. — Das. **13** 51: Der Vorstand braucht nur einem wirklichen Sachverständigen auf Verlangen des Aufsichtsrats die Einsicht der Bücher zu gestatten. — ZAktWes. **15** 137: Auskunftspflicht des Vorstandes einer AG.

1. Die vertragliche Stellung des Vorstandes zur AG. — **a)** Vgl. IDR. **2** Note 2, **3** Note 2 zu § 231.

b) BauersZ. a. a. O. 241 führt aus, daß ein zu Unrecht entlassener und Entschädigung fordernder Direktor einer AG. seine Dienste nicht weiter anzubieten braucht; für diese Auffassung SeuffA. **57** 359 (Marienwerder), SchlHolstAnz. **04** 8 (Kiel), R. **05** 78 (Kassel) gegen **RG. 50** 210, OLG. **7** 472 (KG.). — **c)** BauersZ. a. a. O. 169. Vorstandsmitglieder, denen ihre Stellung ohne ihr Verschulden gekündigt wurde, sind an Wettbewerbsverbote in ihrem Anstellungsvertrage nicht gebunden. Die in der Entscheidung des **RG.** IW. **05** 30 entwickelten Sätze sind entsprechend anzuwenden.

2. Die Pflicht des Vorstandes zur Auskunftserteilung. — ZAktWes. a. a. O. Der Vorstand ist nicht berechtigt, der Generalversammlung eine von ihr verlangte Auskunft vorzuenthalten, da die Generalversammlung das oberste Gesellschaftsorgan ist und der Vorstand zu ihr im Verhältnisse des Beauftragten steht. — Will er einem einzelnen Aktionär eine Auskunft nicht erteilen, so ist er befugt, die Generalversammlung zur Entscheidung anzurufen, ob er die Auskunft geben soll oder nicht.

3. Das Verhältnis des Vorstandes zum Aufsichtsrat. — **a)** Vgl. IDR. **2**, **3** Note 2c zu § 231.

b) BauersZ. a. a. O. 73 führt aus, daß der Aufsichtsrat dem Vorstand unter Androhung der Entlassung verbieten kann, Dinge vor die Generalversammlung zu bringen, deren endgültige Erledigung durch das Aufsichtsratskollegium zu geschehen hat. In allen übrigen Fällen hat der Vorstand das Recht, die Generalversammlung um Entscheidung anzurufen. Entscheidend für das Recht sind die statutarischen Bestimmungen. — **c)** BauersZ. 51. Die Mitglieder des Aufsichtsrats können zwar die Ausübung ihrer Obliegenheiten anderen nicht übertragen, wohl aber sich zu ihrer besseren Information Sachverständiger bedienen, deren Auswahl ihnen obliegt. Bietet die Person des Gewählten keine Garantie für sachgemäße Behandlung und sachverständige Information, so kann der Vorstand sich seiner Einmischung widersetzen, da er kraft der ihm obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns berechtigt und verpflichtet ist, ungeeignete Personen fernzuhalten.

4. Das Verhältnis des Vorstandes zur Generalversammlung. — **a)** OLG. **11** 385 (Dresden). Die AG. bedarf, wie jede privatrechtliche Körperschaft, einer Vertretung, die ihr Rechtsleben beherrscht, und einer Vertretung, die sich mit der Ausführung des vom herrschenden Organe kundgegebenen Willens befaßt. Das herrschende Organ wird durch die Generalversammlung, das dienende durch den Vorstand gebildet. — **b)** BadRpr. **05** 94 (BadOVG.). Die General-

versammlung ist keineswegs identisch mit der AG. Sie ist vielmehr nur ein Organ der Gesellschaft, neben der als weiteres Organ mit besonderen Befugnissen der Vorstand besteht. Der Vorstand handelt nach außen nicht als ihr Bevollmächtigter, sondern als selbständiges Gesellschaftsorgan im Rahmen der ihm vom Gesetze zugewiesenen Vertretungsbefugnis. Gibt er eine unrichtige Steuererklärung ab, während die Generalversammlung die Unrichtigkeit nicht kannte, haftet die AG. gleichwohl für die Folgen.

5. Die Errichtung einer Zweigniederlassung durch den Vorstand. — BauersZ. a. a. O. 123. Zur Errichtung einer Zweigniederlassung ist der Vorstand nach außen hin befugt, nach innen wohl nur dann, wenn die Errichtung bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Andernfalls wird es zur Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gehören, die Ansicht des Aufsichtsrats oder der Generalversammlung einzuholen.

§ 232. Literatur: Adelmann, Die Regelung der Prokuravertretung einer AG. im Gesellschaftsvertrage, BayRpflZ. **05** 54 ff. — Frankenburger, Vertretung der AGen, BayRpflZ. **05** 104 f.

1. Kann der aus einem Mitgliede bestehende Vorstand an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden werden? — **a**) Vgl. JDR. **2** Note 3d.

b) Goldmann, Kommentar Anm. 12, verneint die Frage gegen Staub unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut der Bestimmung (verb. „steht nicht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede" und „wenn nicht mehrere zusammenhandeln"). — **c**) *Frankenburger a. a. O. § 232 Abs. 2 behandelt nicht den Fall der Beschränkung der Vertretungsbefugnis, wenn nur ein Mitglied des Vorstandes vorhanden ist, sondern den Fall, daß der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht. — Die zwingende Vorschrift des § 231 HGB. kann durch Vereinbarung nicht geändert werden. Die in den Statuten von Aktiengesellschaften und GmbH. enthaltene Beschränkung, daß auch im Falle des Vorhandenseins nur eines Vorstandsmitglieds dieses nur zusammen mit einem Prokuristen für die Gesellschaft handeln könne, ist unzulässig; eine solche Anordnung kann nur für das innere Verhältnis des Vorstandes zur Gesellschaft getroffen werden.

2. Tragweite der Vorschriften des Statuts über Gesamtprokura. — *Adelmann a. a. O. Der Gesellschaftsvertrag kann nicht mit bindender Wirkung Dritten gegenüber bestimmen, daß die Vertretung der Aktiengesellschaft durch Gesamtprokuristen erfolgen müsse. Eine solche Bestimmung kann nur die Bedeutung einer Weisung des Vorstandes zur Bestellung von Gesamtprokuren haben. Die Eintragung dieser Vertragsbestimmung in das Handelsregister ist unzulässig und enthebt nicht der Notwendigkeit, die im einzelnen Falle vom Vorstand erteilte Gesamtprokura als solche in das Handelsregister einzutragen.

3. Kann ein Kollektivvertreter den anderen zur alleinigen Vornahme eines Rechtsgeschäfts ermächtigen? — **a**) Vgl. JDR. **2** Note 2b und c (RG.).

b) BadRpr. **05** 89 (Karlsruhe). Ein Vorstandsmitglied, das die Gesellschaft nur gemeinschaftlich mit einem anderen zu vertreten befugt ist, kann dieses andere für den Einzelfall ermächtigen, das Rechtsgeschäft, zu welchem die Mitwirkung beider erforderlich ist, allein vorzunehmen, diese Ermächtigung kann auch über den Einzelfall hinaus erteilt werden, doch muß unter allen Umständen die Schranke eingehalten werden, daß nur bestimmte Arten von Geschäften der Verfügung des einen Mitglieds freigegeben werden (für die GmbH. ergangen).

§ 234. 1. Vgl. JDR. **2** zu § 234, und o. Note 2a zu § 106.

2. BankA. **4** 142, BauersZ. **12** 194, KGJ. **29** A 213, OLG. **10** 331,

R. 05 346, ZBlFG. 6 37 (KG.). Zu den Änderungen des Vorstandes i. S. des § 234 sind, wie der Wortsinn und die Geschichte des Paragraphen ergeben, nur die Änderungen in der Organisation oder dem Personalbestand des Vorstandes, nicht dagegen solche in den Personalien (Namen, Stand, Wohnort) des einzelnen Mitglieds zu rechnen. Die §§ 98, 99 kommen für eine andere Auslegung des § 234 nicht in Betracht, da sie sich nur auf die erste Eintragung gewisser Tatsachen in das Handelsregister beziehen, nicht aber auf die Eintragung von Veränderungen. — Ebensowenig kann eine Verpflichtung zur Anmeldnng und Eintragung der Veränderungen in den Personalien eines Mitglieds aus der JMinV. v. 7. 11. 99, welche Gesetzeskraft hat, hergeleitet werden.

§ 237. 1. Über den Begriff „Rücklagen" vgl. Note 1 zu § 261.

2. Ist der Gewinnvortrag Rücklage i. S. dieses Paragraphen? — **a)** Vgl. JDR. **2** Note 3d zu § 237 und u. Note 2 zu § 261.

b) LG. Mainz, BauersZ. **13** 9, DJZ. **05** 871. Schon die Entstehung des Gewinnvortrags beweist, daß er nicht zu den Rücklagen i. S. dieses Paragraphen zu rechnen ist. Dividende und Tantièmen sollen nach dem Gesetz auf Grund eines festen Zahlenergebnisses berechnet werden, deshalb müssen die Abschreibungen und Rücklagen vorgenommen sein, bevor sie berechnet werden. Ob ein Gewinn auf neue Rechnung vorgetragen wird, oder die Summe, welche dazu verwandt werden könnte, als Superdividende ausgeschüttet werden soll, entscheidet sich erst nach Festsetzung der Tantième (➾ doch wohl nur der vorläufigen Festsetzung durch Vorstand bzw. Aufsichtsrat ⇽). — Der Gewinnvortrag hat aber auch einen anderen Charakter als die Rücklagen. Er allein wird mit den Erträgnissen des neuen Jahres auf dem Gewinn- und Verlustkonto verrechnet, während die Rücklagen nur in der Bilanz aufzutreten haben.

§ 243. Vorbemerkung: Die Schrift von Stier-Somlo ist eine bedeutend vermehrte Neuauflage des JDR. 2 zu § 243 zitierten Aufsatzes dieses Verf. Sie behandelt die rechtliche Seite der Frage eingehend unter Berücksichtigung der Literatur und Rechtsprechung und prüft kritisch die zahlreichen Reformvorschläge.

Literatur: Stier-Somlo, Der Aufsichtsrat der AGen. Reformfragen und Bedenken. — O. Bauer, Die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder für die Bilanz des Vorstandes, BauersZ. **13** 9. — BauersZ. **12** 218: Vom Rechte der Aufsichtsratsmitglieder, sich an solchen Unternehmungen direkt oder indirekt zu beteiligen, die mit der AG. konkurrieren. — Das. **12** 242: Der Bankier als Vorsitzender des Aufsichtsrats. Der in dieser Doppelstellung liegende Widerstreit der Interessen.

1. Die Stellung der Mitglieder des Aufsichtsrats im allgemeinen. — **a)** Vgl. JDR. **2** Note 4, **3** Note 1.

b) O. Bauer a. a. O. Die Haftung des Aufsichtsrats für die Bilanz des Vorstandes folgt strafrechtlich aus § 314, zivilrechtlich aus §§ 380^2, 246^1 HGB. Hat der Aufsichtsrat seiner Prüfungspflicht in vollem Umfange genügt, dabei aber gleichwohl einen Fehler nicht entdeckt, so haftet er nicht, da er nicht mehr als ein sorgfältiger Geschäftsmann zu leisten vermag. — **c)** BauersZ. a. a. O. 218. Die Aufsichtsratsmitglieder dürfen sich an Konkurrenzgesellschaften ihrer eigenen AG. beteiligen, sofern nicht das Statut etwas anderes bestimmt.

2. Das Verhältnis des Aufsichtsrats zum Vorstande (vgl. o. Note 3 zu § 231).

3. Amtsniederlegung eines Aufsichtsratsmitglieds. — **a)** Vgl. JDR. **2** Note 4, insbes. c HGB. — JDR. **3** Note 1a zu § 243.

b) BauersZ. **12** 242, KGJ. **29** A98, OLG. **11** 398 (KG.). Durch die Wahl zum Aufsichtsratsmitglied und die Annahme des Amtes wird zwischen dem Gewählten und der Gesellschaft ein Vertrag geschlossen, welcher, wenn unentgeltlich, als Auftrag, wenn entgeltlich, als Dienstvertrag zu charakterisieren ist. Im

ersteren Falle kann das Aufsichtsratsmitglied sofort, im zweiten Falle, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, kündigen. Die Kündigung erfolgt an den Vorstand (KG. sagt Geschäftsführer, da die Entsch. für eine GmbH. ergangen ist); ob sie auch an den Vorstand des Aufsichtsrats erfolgen kann, bleibt dahingestellt; sie ist formlos und unwiderruflich.

4. Kann die Wahl zur Besetzung neu errichteter Aufsichtsratsstellen vor der Eintragung des Beschlusses erfolgen? — RJA. 5 60, BauersZ. **12** 57, 201, KGJ. **28** A219, ZBlFG. **5** 669 (KG.). Die Generalversammlung einer AG. kann alsbald nach der Fassung eines Beschlusses über Vermehrung der Aufsichtsratsstellen und vor dessen Eintragung ins Handelsregister die Zuwahlen in die neuen Stellungen vornehmen, mit der Wirkung, daß die Gewählten nach der Eintragung in Tätigkeit treten können. Dies folgt aus der Natur der Sache und der Analogie des § 285, dessen Vorgeschichte (D. 76) beweist, daß er keine Ausnahme statuieren wollte.

§ 244. Literatur: BauersZ. **12** 77. Solange eine Person die erfolgte Wahl in den Aufsichtsrat nicht angenommen hat, entfällt die Notwendigkeit einer Bekanntmachung.

BauersZ. a. a. O. folgert den in der Überschrift angeführten Satz aus der Vertragsnatur der Beziehungen zwischen dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft.

§ 245. Literatur: BauersZ. **13** 25: Kann der Vorstand eigenmächtig dem Aufsichtsrat für seine Bemühungen eine Vergütung gewähren?

BauersZ. a. a. O. bejaht die Frage, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag erschöpfend und ausschließlich Bestimmungen enthält darüber, was der Aufsichtsrat für seine Bemühungen zu beziehen hat, unter Hinweis auf § 612 BGB.

§ 246. Abs. 2. 1. Vgl. u. Jacobi zu § 253.

2. BauersZ. **12** 201, OLG. **10** 337 (Braunschweig) enthält sich einer grundsätzlichen Erörterung der Bedeutung des Abs. 2 dieses Paragraphen und folgert aus den Besonderheiten des vorliegenden Falles, daß ein Anlaß zur Einberufung der Generalversammlung nicht gegeben war.

§ 250. Literatur: BauersZ. **12** 102: Der Zutritt von Vertretern der Presse zu den Generalversammlungen.

1. BauersZ. a. a. O. Die Generalversammlung allein, und weder der Vorstand noch der Aufsichtsrat, haben darüber zu bestimmen, inwieweit Nichtaktionäre zur Generalversammlung zugelassen werden sollen.

2. Das Verhältnis der Generalversammlung zum Vorstande (vgl. Note 4 zu § 231; auch JDR. **3** Note 1a und e zu § 253).

3. Verhältnis der Generalversammlung zum Aufsichtsrate (vgl. JDR. **2** Note 6 zu § 246).

§ 251. Literatur: Tecklenburg, Die Proportionalwahl bei AGen. Holdheims MSchr. **05** 117. — ZAktWes. **15** 25: Proportionalvertretung in AGen.

1. ZAktWes. a. a. O. führt aus, daß die Einführung des Proportionalsystems bei Wahlen und Beschlußfassungen in den AGen eine wertvolle Verbesserung der Lage der Minderheiten bedeuten würde, hält aber die Einführung auf dem Wege der Gesetzgebung für erforderlich, einmal, weil es nach der Fassung des § 251 zweifelhaft sei, ob die Abstimmung nach dem Proportionalsystem dem geltenden Rechte entspreche, und ferner, weil die Majoritäten sich vielfach ohne Druck nicht zu dieser Stärkung der Stellung der Minderheit entschließen würden.

2. Tecklenburg a. a. O. tritt für die Proportionalwahl bei AGen ein, gibt nähere Mitteilungen über den Grundgedanken des Systems und die Ausgestaltung, die es im österreichischen und nordamerikanischen Aktienrecht erfahren hat, und macht Vorschläge für die Ausgestaltung eines geheimen und eines mündlichen Wahlverfahrens.

§ 252. Literatur: BauersZ. **12** 127: Eigene Aktien, welche sich im Besitze der AG. befinden, sind stimmlos. — Das. 217: Die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haben als Aktionäre ein Stimmrecht, wenn über die Einsetzung einer Revisionskommission beschlossen wird. — Bondi, Sind Gesellschafter (Aktionäre) stimmberechtigt, wenn es sich um ihre Wahl in die Verwaltung der betreffenden Gesellschaft handelt? DIZ. **05** 493. — Feder, Das Stimmrecht des Aktionärs, DIZ. **05** 1053.

1. Haben Aktien Stimmrecht, solange sie im Besitze der AG. sind? — BauersZ. 127. Die AG. kann nicht ihre eigene Teilhaberin in dem Sinne sein, um gesellschaftliche Rechte auszuüben. Sie würde sonst in eigener Sache stimmen, mit den Aktionären in Konkurrenz treten und ev. das Schicksal der AG. bestimmen. Infolgedessen würden vielfach Beschlüsse nach dem Willen des Vorstandes zustande kommen und die AG. sich u. U. selbst regieren, statt durch die Aktionäre regiert zu werden.

2. Dürfen der Vorstand und Aufsichtsrat das Stimmrecht ihrer Aktien ausüben bei der Abstimmung über die Einsetzung einer Revisionskommission. BauersZ. a. a. O. 217 bejaht das Stimmrecht, da die Beteiligung an der Abstimmung über die Einsetzung einer Revisionskommission Betätigung eines Mitverwaltungsrechts ist, von der kein Aktionär ausgeschlossen werden kann.

3. Sind Aktionäre bei der Abstimmung über ihre Wahl in ein Gesellschaftsorgan stimmberechtigt? — **a)** IDR. **2** Note 5b zu § 252.

b) **RG. 60** 172, BankA. **5** 36, BauersZ. **12** 197, DIZ. **05** 493 (Bondi), IW. **05** 297, ZAktWes. **15** 161. (S. a. BGB. § 34.) Abs. 3 will nach seiner Entstehungsgeschichte die Teilnahme von Aktionären an den Beschlußfassungen nur in den Fällen verhindern, wo das Privatinteresse des Aktionärs mit dem Interesse der Gesellschaft zusammenstößt. Eine solche Interessenkollision liegt aber regelmäßig dann nicht vor, wenn ein Aktionär in Betätigung des ihm nach der Satzung zustehenden Rechtes zur Mitverwaltung der Gesellschaft durch Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung bei einem Beschlusse mitwirkt, der sich auf seine eigene Wahl zum Mitgliede des Aufsichtsrats bezieht. Der Ausschluß in solchen Fällen würde auch das Gedeihen der AG. eher schädigen als fördern.

4. Einfluß vertraglicher Abmachungen mit Dritten auf die Gültigkeit der Stimmabgabe. — **a)** Vgl. IDR. **3** Note 3 zu § 243.

b) **RG.** zu 3b. Die Stimmabgabe ist nicht deshalb nichtig, weil der Abstimmende sich einem Dritten gegenüber verpflichtet hatte, seine Aufsichtsratsstelle niederzulegen. Durch die Zuwiderhandlung gegen diesen Vertrag verletzte der Aktionär die guten Sitten nicht. Der AG. gegenüber — und darauf allein kommt es an — liegt weder eine Gesetzesverletzung, noch ein Verstoß gegen die guten Sitten vor; und die Handlungsweise des Aktionärs wird hierzu gegenüber der AG. auch durch seinen mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrag nicht, da an diesem die AG. ganz unbeteiligt war.

5. Vertrag über Abtretung des Stimmrechts. — ÖstCBl. **23** 742 (ÖstOGH.) (österreichisches Recht) erklärt einen Vertrag, durch welchen ein Aktionär sein Stimmrecht nebst dem Verfügungsrecht über die ihm gehörigen Inhaberaktien einer Bank auf sechs Jahre abtrat, während die Bank sich verpflichtete, ihm für diese Zeit den Nominalbetrag der Aktien mit $7^1/_2$ pCt. zu verzinsen, für nichtig. Dies Geschäft ist entgeltliche Leihe. Obwohl dem österr. R. eine dem § 318 Abs. 2 entsprechende Bestimmung fehlt, folgt die Nichtigkeit aus allgemeinen Erwägungen. Das Stimmrecht kann nicht von der Aktie losgelöst werden und ein Verkehrsobjekt für sich bilden. Weiter darf — nach dem Statut — das Stimmrecht nur von wirklichen, im Besitz ihrer Aktien befindlichen Aktionären oder deren Bevollmächtigten ausgeübt werden; endlich ver-

stößt es gegen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, daß in der Generalversammlung, dem wichtigsten Verwaltungsorgan der AG., Personen das entscheidende Wort mitführen, welche an dem Unternehmen gar nicht beteiligt sind.

6. Statutarische Bedingungen für die Ausübung des Stimmrechts. — a) Vgl. JDR. 2 Note 6, 3 Note 1 zu § 252.

b) *Feder a. a. O. Da nach zwingender Gesetzesvorschrift jede Aktie das Stimmrecht gewährt, darf die Ausübung dieses Rechtes nicht Beschränkungen unterworfen werden, durch die es illusorisch gemacht wird. Nichtig sind deshalb Statutenbestimmungen, die Frauen, Ausländern und Minderjährigen die Pflicht auferlegen, sich in der Ausübung des Stimmrechts vertreten zu lassen. — Da andererseits Abs. 2, der ebenfalls zwingend ist, jedem Aktionär das Recht gibt, sich in der Ausübung des Stimmrechts vertreten zu lassen, darf auch dieses Recht nicht durch die Satzung illusorisch gemacht werden. Nichtig sind deshalb Statutenbestimmungen, nach denen nur Aktionäre oder Personen, die zu ihnen in einem bestimmten Familien- oder Geschäftsverhältnis stehen (Ehegatten, Verwandte, Verschwägerte, Vormünder, Prokuristen), zu Bevollmächtigten bestellt werden können.

§ 253. Literatur: Jacobi, Die Pflicht zur Berufung der Generalversammlung einer AG. (Festgabe für Dahn; auch Sonderabdruck). — ZAktWes. **15** 75: Die Pflicht des Vorstandes zur Einberufung einer Generalversammlung.

Die Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung.

1. Vgl. JDR. 3 Note 1 zu § 253.

2. ZAktWes. a. a. O. behandelt ausführlich unter genauem Eingehen auf die von Rehm, Lehmann und Staub dem vorjährigen Juristentag erstatteten Gutachten die im Titel enthaltene Frage und kommt im wesentlichen zu der von dem Juristentag vertretenen Auffassung.

3. Jacobi a. a. O. kommt unter eingehender Besprechung der an der zu 1 zitierten Stelle wiedergegebenen Ansichten von Lehmann, Rehm, Simon und Staub zu dem Ergebnis, daß der Beschluß des Juristenlages das Richtige trifft, aber einer schärferen Begrenzung bedarf. — Im einzelnen kommt für die Verpflichtung des Vorstandes zur Berufung der Generalversammlung in Betracht: a) § 665 BGB. (249). Aus ihm folgt: Wenn der Vorstand von Weisungen, die im Statut oder in Beschlüssen früherer Generalversammlungen ihm erteilt waren, abweichen will, so muß er eine Generalversammlung berufen, es sei denn, daß Gefahr im Verzuge ist. Ist dies der Fall, so muß er sie nur dann berufen, wenn die Genehmigung zu den von den Weisungen abweichenden Handlungen nicht zu erwarten, aber doch denkbar ist und nicht zweifellos zu spät kommt. Einer Generalversammlung bedarf es nicht, wenn der Aufsichtsrat dem Vorstand übergeordnet ist und er die Genehmigung erteilt (256). — b) für die Berufungspflicht, soweit eine bindende Weisung nicht vorliegt § 253 Abs. 2 HGB. und § 666 BGB., § 240 HGB. — α. § 253 Abs. 2 ist eine Ausführungsbestimmung des § 241. „Die Generalversammlung ist zu berufen, wenn der Vorstand eine Handlung vornehmen will, die nach Gesetz oder Statut zur Zuständigkeit der Generalversammlung gehört und außerdem dann, wenn er sie nicht will, aber doch sollte, weil das Interesse der Gesellschaft ihre Vornahme erfordert; d. h. weil die Handlung der Gesellschaft auch in Anbetracht der Nachteile und Unbequemlichkeiten einer Generalversammlung vorteilhaft ist" (259). — β. Nach § 666 BGB. ist die Generalversammlung einzuberufen, „wenn Verhältnisse eingetreten sind, die die Maßnahmen nahelegen, zu denen ein Beschluß der Generalversammlung notwendig ist, oder die doch solchen Maßnahmen wirtschaftlich gleich oder sehr ähnlich sind" (262). § 240 HGB. ist ein Anwendungsfall des § 666 BGB. (261). Neben § 666 kommt § 253 Abs. 2

HGB. in Betracht insofern, „als der Vorstand, wenn er eine Handlung vorzunehmen gedenkt, die wegen § 666 BGB. die Genehmigung der Generalversammlung nötig hat, die Handlung nicht wegen der Unbequemlichkeit, die das Einfordern der Generalversammlung mit sich bringt, unterlassen darf, sondern prüfen muß, ob sie der AG. vorteilhaft ist und Bejahung dieser Frage zur Einberufung der Generalversammlung verpflichtet ist". — Hiernach ist sie zu berufen: „I. wenn der Vorstand von ihm erteilten Weisungen abweichen will; er braucht es nicht, wenn Gefahr im Verzug ist und er die Genehmigung vermuten darf; II. wenn das Abweichen von jenen Weisungen der Gesellschaft vorteilhaft ist. Hier gilt das gleiche, wie wenn der Vorstand abweichen will; III. wenn Verhältnisse eingetreten sind, die Maßnahmen nahelegen, zu denen ein Beschluß der Generalversammlung notwendig ist oder die doch solchen Maßnahmen wirtschaftlich gleich oder sehr ähnlich sind" (265). — Der Aufsichtsrat hat die Generalversammlung zu berufen, wenn der Vorstand sie berufen müßte und seine Pflicht nicht erfüllt (265). — Die Folge der Nichtberufung ist Verpflichtung zum Schadensersatz. Der Überstimmte haftet nicht; doch trifft ihn die Beweislast. Zulässig ist der Einwand, daß die Generalversammlung zugestimmt hätte, wenn sie berufen worden wäre (hier anders RG. s. JDR. 2 Note 4 zu § 241).

§ 254. Die JDR. 3 zu § 254 mitgeteilte Entscheidung des KG. steht auch KGJ. 28 A 219, RJA. 5 60, ZBlFG. 5 669.

§ 255. 1. Darf ein Aktionär, der die Bedingungen aus Abs. 2 nicht erfüllt hat, zugelassen werden? — RG. BauersZ. **12** 128, Holdheims MSchr. **05** 19, R. **05** 22, SächsA. **15** 71. Der Zweck einer Vorschrift der im Abs. 2 h. § beregten Art ist lediglich der, die Prüfung der Legitimation der in der Generalversammlung Erschienenen vorzubereiten und zu erleichtern, damit die Verhandlung glatt verlaufe. Die Generalversammlung kann daher einen Aktionär, welcher die Anmeldefrist nicht gewahrt hat, zurückweisen. Es steht aber andererseits nichts im Wege, ihn zuzulassen, wenn ein Widerspruch dagegen nicht erhoben wird.

2. Das. Ein Generalversammlungsbeschluß ist nicht deshalb anfechtbar, weil in der Einladung zu der Versammlung mitgeteilt war, daß gewisse Banken diejenigen Aktionäre kostenfrei zu vertreten bereit seien, die ihre Stimme in einem bestimmten Sinne abgeben wollten.

§ 256. Literatur: ZAktWes. **15** 125: Bilanz und Entlastung.

ZAktWes. a. a. O. Abs. 2 dieses Paragraphen enthält zwingendes Recht. Die Beschlüsse der Generalversammlung über Gegenstände, welche nicht ordnungsmäßig angekündigt waren, sind nichtig. Wenn als Verhandlungsgegenstand lediglich die Genehmigung der Jahresbilanz und die Gewinnverteilung angekündigt waren, kann nicht über die Entlastung beschlossen werden, denn beide Gegenstände sind nicht derart miteinander verknüpft, daß die Ankündigung des ersteren die des zweiten enthielt. Die Bilanz kann genehmigt, die Entlastung verweigert werden.

§ 259. 1. RG. BauersZ. **13** 56 läßt dahingestellt, ob die Verletzung des Abs. 3 dieses Paragraphen ohne weiteres die Ungültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses zur Folge hat. — Eine Versammlung der Aktionäre, welche nicht ordnungsmäßig berufen ist, ist nur dann eine Generalversammlung, wenn alle Aktionäre daran teilnehmen. Daß dies geschehen, wird durch einen Protokollvermerk des Inhalts, daß sämtliche Aktionäre erschienen und somit sämtliche Aktionäre vertreten seien, nicht zur Genüge erwiesen. Es müßte vielmehr geprüft und zu Protokoll festgestellt sein, daß alle Aktien sich im Besitze der Erschienenen befunden haben.

2. Die JDR. 3 Note 2b mitgeteilte Entscheidung steht auch BauersZ. **12** 77, GoldschmidtsZ. **56** 247.

§§ 260 ff. Literatur: BauersZ. 13 49: Der Vorstand besitzt kein Klagerecht gegen die AG. auf Erteilung der Entlastung. — Marcus, Über die prozessuale Geltendmachung des Anspruchs eines Aufsichtsratsmitglieds einer Aktiengesellschaft auf Decharge, Holdheims MSchr. 05 40. — Sontag, Bilanzgenehmigung und Decharge, ZAktWes. 15 89.

1. Über das Verhältnis von Bilanzgenehmigung und Dechargeerteilung vgl. Bem. zu § 256.

2. Recht auf Decharge. — Marcus a. a. O.: Das Aufsichtsratmitglied hat gegen die Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, zu klagen, und zwar auf Anerkenntnis des Verzichts auf weitere Ansprüche. Die Realisierung des Anspruchs in der Zwangsvollstreckungsinstanz erfolgt nach § 894, nicht § 887 ZPO. — Zur Klagebegründung ist darzutun, daß die Bilanz nebst den Unterlagen gemäß § 260 Abs. 2 HGB. offengelegt worden ist. Der Vorstand darf außer den Einreden aus den §§ 264, 268 f. nur die Einwendungen gegen die Klage erheben, welche von der Generalversammlung gegen die Erteilung der Decharge geltend gemacht worden sind. Er ist beweispflichtig dafür, daß der Dechargeanspruch hiernach unbegründet sei. Der einzelne Aktionär, und auch die Gesellschaftsorgane, soweit sie unmittelbar den Gläubigern haften, können der beklagten AG. als Nebenintervenienten beitreten.

3. Tragweite der Entlastungsbeschlüsse der Generalversammlung. — **a)** Vgl. JDR. 3 Note 2 zu § 260.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 140, R. **05** 169, BauersZ. **12** 198. Die Entlastung durch die Generalversammlung reicht nicht weiter, als die Geschäftsführung von der Generalversammlung aus dem ihr unterbreiteten Material übersehen werden kann. Es liegt dem zu Entlastenden ob, den Gegenstand der Entlastung klarzulegen; dagegen kann man nicht von der Generalversammlung verlangen, daß sie an Hand der Bücher und Belege erst untersuche, ob und welche Verfehlungen etwa vorgekommen sind. — Ist jedoch Entlastung wegen der gesamten Kontrollpflicht des Aufsichtsrats in bezug auf eine bestimmte Persönlichkeit nachgesucht und erteilt, so bezieht sie sich auch auf solche Unterlassungen, die in der der Entlastung vorangegangenen Generalversammlung nicht zur Sprache gekommen sind. In diesem Falle ist es Sache der Generalversammlung, die nötigen Einzelaufklärungen zu verlangen. — **c)** Die Entscheidung JDR. 3 Note 2 c steht auch BankA. **4** 91, BauersZ. **12** 107.

4. Ausführung der Generalversammlungsbeschlüsse. — R. **05** 48 (Dresden). Die Ausführung von Generalversammlungsbeschlüssen, insb. die Bestimmung von Fristen für die Erlangung von Vorzugsrechten kann dem Aufsichtsrat übertragen werden.

§ 261. Literatur: BauersZ. **12** 121: Wie der Vorstand den Begriff Herstellungspreis auszulegen hat. — Fischer, Die Bilanzwerte, was sie sind und was sie nicht sind. Leipzig 1905. — Rehm, Die Bewertung von Warenbeständen bei industriellen AGen, DJZ. **05** 986. — ZAktWes. **15** 1: Zur Bilanzierung stabiler Werte. — ZAktWes. **15** 117: Zur Bilanzierung von Waren.

1. Zu Ziff. 2. Herstellungspreis. — **a)** Rehm a. a. O. Das Aktienprinzip erfordert eine besondere Art der Berechnung des voraussichtlichen Verkaufspreises, also eine besondere Berechnungsweise des Bilanzwerts der Warenbestände. Dies ist ausdrücklich bestimmt in Ziff. 2 dieses Paragraphen. Hiernach darf z. B. eine Maschine, die einen Verkaufswert von 107 000 M. hat, welcher sich zusammensetzt aus 72 000 M. Herstellungswert, 15 000 M. Verwaltungs- und Vertriebsaufschlag, 20000 M. Gewinnaufschlag, nur mit 72000 M. in der Bilanz angesetzt werden. Nur diese Summe ist der Herstellungspreis der Maschine. — **b)** BauersZ. a. a. O. Der Herstellungspreis wird nicht nur gebildet aus den verwendeten Materialien und Löhnen; es darf auch ein angemessener Teil der allgemeinen Betriebs- und Verwaltungskosten zu-

gerechnet werden, z. B. Kosten für Beaufsichtigung der Herstellung, Versicherungsbeiträge, Provision für Beschaffung von Kapitalien u. a. m. Diese Auffassung wird an einer Reihe von Beispielen erläutert. — **c)** ZAktWes. a. a. O. 115. Werterhöhungen eines Produkts nach der endgültigen Herstellung dürfen nicht in dem in die Bilanz einzustellenden „Herstellungspreis" aufgenommen werden, wohl aber die Kosten einer späteren Be- und Umarbeitung. Der Herstellungspreis wird gebildet aus dem Preise der Rohmaterialien und Zutaten, den Arbeits- und Beamtenlöhnen, Versicherungsbeiträgen, Steuern, den notwendigen Abschreibungen und einem Teile der allgemeinen Geschäftsunkosten; ohne diesen würde der Herstellungspreis unrichtig berechnet sein, was nicht im Willen des Gesetzgebers liegen kann.

2. Ziff. 3. **a)** ZAktWes. a. a. O. 1. Nicht nach Ziff. 3 dürfen bilanziert werden: Waren, Patente, Halbfabrikate, Vorräte an Rohstoffen. — **b)** ZAktWes. a. a. O. 1. Werterhöhungen stabiler Werte dürfen in der Bilanz nicht zum Ausdrucke gebracht werden. Wohl aber der Herstellungspreis baulicher Veränderungen, wobei unter Herstellungspreis nicht nur die Kosten der Materialien, sondern auch alle anderen Unkosten einzubegreifen sind. Ob die Kosten von Reparaturen als Herstellungspreise in Ansatz gebracht werden dürfen, ist Tatfrage, die verschieden zu beantworten ist, je nachdem es sich lediglich um Ausbesserungen, oder aber um Verbesserungen handelt. — **c)** BauersZ. **12** 173, OLG. **10** 240 (Hamburg). Feste Bewertungsregeln für die Bemessung der Abschreibungen, Delkrederefonds usw. gibt es nicht; vielmehr entscheidet im Einzelfalle das pflichtgemäße Ermessen der mit der Bilanzaufstellung betrauten Organe. Allgemein üblich ist es, in guten Geschäftsjahren mehr abzuschreiben, als der wirklichen Abnutzung und Wertverminderung entspricht, für schwebende Garantien den zum Nennbetrage als Aktiven eingestellten Forderungen Garantie- und Delkrederefonds auf der Passivseite gegenüberzustellen und für die im neuen Jahr in Aussicht stehenden Ausgaben und abzurechnenden Geschäfte Spezialreserven zu bilden.

3. Die Gewinnberechnung. — OVG. VI 23. 3. 05, DJZ. **05** 1014. Der Dispositionsfonds ist ein eigentlicher Reservefonds, selbst wenn durch seine Bildung nur die vorübergehende Zurückhaltung von Reingewinn behufs späterer Verwendung bezweckt wird. Der Reingewinn wird durch ihn nicht vermindert; es wird vielmehr nur ein Teil des Reingewinns durch ihn der Verteilung entzogen. — Die gemäß Nr. 3 des § 261 gebildeten Erneuerungsfonds mindern den Gewinn, soweit sie in Höhe der Abnutzung gebildet werden; sie müssen in die Bilanz vor der Gewinnberechnung eingestellt werden. Soweit sie über jene Grenze herausgehen, stellen sie eine Gewinnrücklage zu künftiger Verwendung dar und sind wie ein Dispositionsfonds zu beurteilen.

§ 262. Literatur: Sames, Unterliegt in Preußen der Gewinnvortrag der AGen der Einkommenbesteuerung? Holdheims MSchr. **05** 201.

1. Der Begriff „Reservefonds". — **a)** Vgl. IDR. **2** Note 1.

b) BauersZ. **12** 182, OLG. **10** 242, R. **05** 634, ZBlFG. **5** 802 (Colmar). Der Reservefonds des § 262 ist keineswegs der Typus des Reservefonds überhaupt, sondern ein besonderer Fonds, dessen Besonderheit in der ihm von dem Gesetze gegebenen Zweckbestimmung beruht. Jeder Teil des Reingewinns, welcher von der Verteilung ausgeschlossen wird, ist ein Reservefonds, richtiger Reservekonto. Auch der „Vortrag auf neue Rechnung" hat wirtschaftlich und juristisch die Bedeutung eines Reservefonds. — **c)** RG. BankA. **4** 156, Holdheims MSchr. **05** 240, JW. **05** 345, ZAktWes. **15** 165, ZBlFG. **5** 87. Reservefonds ist jeder Betrag des festgestellten Reingewinns, welcher nicht verteilt oder anderweit verwendet, sondern für die Zwecke der Gesellschaft zurückbehalten wird. Der Gewinnvortrag ist Reservefonds. Rehm, Bilanzen 552, stellt zwar als Begriffs-

merkmal des Reservefonds eine Zurückbehaltung des Reingewinns „auf verhältnismäßige Dauer" auf; dieses Begriffsmerkmal läßt sich aber, von seiner Unbestimmtheit ganz abgesehen, aus dem Gesetz nicht herleiten. — **d)** Vgl. Note 3 zu § 261.

2. Ist der Gewinnvortrag ein Reservefonds? — **a)** Vgl. vorstehend Note 1c, ferner Note 2 zu § 237, JDR. **2** Note 3d zu § 237.

b) Sames a. a. O. untersucht das Wesen des Gewinnvortrags. Er erklärt ihn mit Nöll, Kommunalabgabengesetz 157 Anm. 17a, davon ausgehend, daß die handelsrechtlichen Kriterien eines Reservefonds darin zu erblicken sind, daß Gewinnbeträge bei der Gesellschaft zurückbleiben zum Zwecke der Bereithaltung der in Zukunft erforderlich werdenden Mittel, für einen Reservefonds. Daß in der Buchführung und in der Bilanz Gewinnvortrag und Reservefonds in einem gewissen Kontrast zueinander stehen, führt er auf die Eigenart der Buchhaltungstechnik zurück.

3. Reingewinn in Ziff. 1. — **a)** Vgl. JDR. **3** Note 3 zu § 262.

b) Wolff (s. vor § 178) 38. Reingewinn ist dasjenige, was verbleibt nach Dotierung der „unechten" Reserven (Erneuerungs- und Delkrederefonds, soweit sie an die Stelle der vorgeschriebenen Abschreibungen auf Vermögensgegenstände und Forderungen treten), sowie nach Einstellung der Schulden und des Aktienkapitals. Nicht vorweg sind zu berücksichtigen die freiwilligen Reservekonten oder die Dotierung der „unechten" Reserven über das vorgeschriebene Maß hinaus. Ebenso wie mit dem Erneuerungs- und Delkredefonds verhält es sich mit den Abschreibungen.

4. Agio. — **a)** Wolff a. a. O. 39. Zu dem an den Reserverfonds abzuführenden Betrag gehören auch die „Stückzinsen", welche die Zeichner der Aktien für die Zeit vom Beginn des Geschäftsjahrs ab zu entrichten haben, sofern die Emission während desselben erfolgt und die Zeichner an der Dividende vom Gewinn ab teilnehmen (so auch Staub Anm. 15). — **b)** AA. Goldmann Note 16. Die Stückzinsen sind eine Gegenleistung für das Teilnahmerecht an der Dividende, nicht aber eine Erhöhung des Ausgabewerts der Aktien.

§ 265. Literatur: BauersZ. **12** 97: Die Veröffentlichung der Jahresbilanz und die Einreichung der Bekanntmachungsbelege usw. durch den Prokuristen statt den Vorstand. — Das. **12** 103: Die Veröffentlichung der Jahresbilanz sowie der Gewinn- und Verlustrechnung in abgekürzter Form. — ZAktWes. **15** 49: Die Publikation der Monatsergebnisse bei AGen.

1. Wer hat die Bilanz zu veröffentlichen? BauersZ. a. a. O. 97. Die Veröffentlichung der Bilanz muß durch den Vorstand erfolgen, und darf nicht einem Prokuristen überlassen werden. Durch die Betrauung des Vorstandes mit der Bekanntmachung des Jahresabschlusses soll eine Garantie dafür geschaffen werden, daß die genehmigte Bilanz, wenn auch vielleicht in zusammengezogener Form, veröffentlicht wird. Auch übernimmt der Vorstand mit der Veröffentlichung Dritten gegenüber die Verantwortung für die Übereinstimmung der veröffentlichten mit der genehmigten Bilanz.

2. Der Charakter des auf Grund des Abs. 2 eingeleiteten Verfahrens. BauersZ. **12** 150, Holdheims MSchr. **05** 55, KGJ. **29** B 11 (KG.). § 265 ist im öffentlichen Interesse erlassen, um in erster Linie den Aktionären und den Gläubigern der Gesellschaft, überhaupt aber der Gesamtheit aller derjenigen, die an der Gesellschaft gegenwärtig oder auch künftig ein Interesse nehmen, Schutz zu gewähren. Ein von dem Registerrichter gemäß §§ 132 ff. FGG. zur Prüfung der Erfüllung der Obliegenheiten des Vorstandes aus § 265 eingeleitetes Verfahren ist mithin ein im öffentlichen Interesse geführtes Offizialverfahren. (Es kann, abgesehen von auf besonderen Antrag vorgenom-

menen Geschäften, nur dann zur Belastung der Beteiligten mit Gebühren und Auslagen führen, wenn die Voraussetzungen des § 138 FGG. zutreffen. Dadurch, daß der Vorstand an dem Ausgange des Verfahrens mitinteressiert ist, wird es noch nicht zu einem solchen, durch welches das Interesse des Vorstandes wahrgenommen wird. § 1 PrGKG.).

3. Veröffentlichung von Monatsergebnissen. ZAktWes. a. a. O. Eine Verpflichtung zur Veröffentlichung der Monatsergebnisse besteht bei AGen auch dann nicht, wenn die Gesellschaften bisher eine solche Veröffentlichung vorgenommen haben.

§ 271. 1. Anfechtung wegen übermäßiger Dotierung der Reserven u. ähnl. **a)** Vgl. JDR. **3** Note 1 d zu § 271.

b) Wolff a. a. O. 40. Eine Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse wegen Dotierung von freiwilligen Reserven kann nur insoweit erfolgen, als dieselbe nicht im Statut vorgesehen ist. — **c)** OLG. **10** 242 (vgl. o. Note 1 b zu § 262) (Colmar). Ein Gesellschafter (mbH. bzw. Aktionär) kann die übermäßige Dotierung der Reserven nicht als gegen das Gesetz verstoßend anfechten, auch wenn er durch die Maßnahme empfindlich geschädigt wird. Offen bleiben kann in concreto, ob nicht aus § 826 BGB. einer durch statutenmäßig zulässige, aber tatsächlich übermäßige Rücklagen geschädigten Minderheit Rechtsschutz gewährt werden kann. (Die Entscheidung ist für eine GmbH. ergangen, bei welcher die Abtretung von Geschäftsteilen an Nichtgesellschafter von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht ist.)

2. Beitritt als Nebenintervenient zur Anfechtungsklage. OLG. **11** 33 (Karlsruhe). Der Anfechtungsklage kann jeder Aktionär als Nebenintervenient beitreten; es ist nicht erforderlich, daß in seiner Person alle Voraussetzungen zutreffen, die für die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses aufgestellt sind.

§ 272. Literatur: BauersZ. **13** 31: Eine ungerechtfertigte Bemessung der von einem beschlußanfechtenden Aktionär zu leistenden Sicherheit. — ZAktWes. **15** 175: Sicherheitsleistungen bei Anfechtungsklagen.

1. Höhe der Sicherheitsleistung. BauersZ. a. a. O. Es ist unangemessen, die Höhe des Aktienkapitals und die Kursbewegung der Aktien zum Maßstabe für die Bemessung der Höhe der Sicherheitsleistung zu nehmen. Nicht die AG., sondern die Aktionäre sollen gegen eine etwaige Schädigung sichergestellt werden. Durch eine Bemessung nach den oben abgelehnten Maßstäben kann das Anfechtungsrecht des einzelnen Aktionärs, insbesondere bei AG. mit großem Kapitale ganz illusorisch gemacht werden.

2. Voraussetzung für die Anordnung der Sicherheitsleistung. ZAktWes. a. a. O. Die Sicherheit soll nur angeordnet werden, wenn der AG. durch den Anfechtungsprozeß vermögensrechtliche Nachteile drohen. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Prozeß sich als ein aussichtsloser, mutwilliger oder gar frivoler charakterisiert, und mit einem Obsiegen des Klägers nicht gerechnet werden kann.

Vierter Titel. Abänderungen des Gesellschaftsvertrags.

Vorbemerkung: Sanierungen: Literatur: Leist, Die Sanierung von AGen. Berlin 1905. — Wolff, Die Praxis der Finanzierung bei Errichtung, Erweiterung, Verbesserung, Fusionierung und Sanierung von AGen, KAGen u. a. Berlin 1905.

1. Vgl. JDR. **2** Note 1 und 2 zu § 211 u. JDR. **3** zu §§ 211 ff.

2. Wolff a. a. O. 93 ff. nennt und behandelt folgende Sanierungsarten: Moratorium; Inanspruchnahme der Reserven und Rücklagen; freiwillige Zuzahlung der Aktionäre, Herabsetzung des Grundkapitals und Ausgabe neuer Aktien an die Aktionäre; Herabsetzung des Grundkapitals und Zuzahlung der Aktionäre

gegen Vorzugsaktien; Zuzahlung von Aktionären mit Pression auf die Renitenten; Neuausgabe von Vorzugsaktien und Zuzahlung der Aktionäre bei Umwandlung der alten Aktien in Vorzugsaktien; Vorzugsaktien, vorzugsweise Befriedigung und erhöhtes Stimmrecht; verzinsliche und amortisierbare Gewinnanteilsscheine mit Vorzugsdividende; Sanierung durch Ankauf von Aktien.

3. Leist a. a. O. 66 ff. behandelt mit eingehender juristischer Begründung als Sanierungsmaßnahmen:

I. Die Grundkapitalsherabsetzung und zwar a) die Herabsetzung mit entsprechender Minderung vorhandener Vermögensstücke, b) die Herabsetzung ohne diese Vermögensminderung (nominelle Herabsetzung), c) die Herabsetzung zum Teil mit, zum Teil ohne Vermögensminderung, wie z. B. bei der Unterpari-Amortisation von Aktien.

II. Die Vermehrung der Betriebsmittel auf dem Wege der Vorrechtseinräumung a) durch Bildung von Vorzugsaktien mit Erhöhung des Grundkapitals, b) durch Bildung von Vorrechten ohne Erhöhung des Grundkapitals (Zuzahlung), c) durch Ausgabe von sog. Genußscheinen.

III. Die Verbindung von I und II, indem die Herabsetzung zugleich mit der Vermehrung der Betriebsmittel gegen Vorrechtseinräumung mit oder ohne Kapitalserhöhung beschlossen wird (s. auch zu §§ 211 ff., 262 Ziff. 3).

§ 276. Vgl. Note 2 zu § 212.

§ 277. 1. Vgl. KG. Note 1 zu § 195.

2. Abs. 3. Vgl. Note 4 zu § 243.

§ 278. Literatur: ZAktWes. **15** 37: Verzögerungen bei jungen Aktien.

1. Verzögerung der Ausgabe der jungen Aktien. ZAktWes. a. a. O. Nicht selten zögern AGen oder Emissionshäuser mit der Ausgabe neuer Aktien, um diesen eine tatsächliche Sperrfrist zu sichern. Der Zeichner, welcher alle Obliegenheiten aus der Zeichnung erfüllt hat, kann in solchen Fällen durch Klage gemäß §§ 320 ff. BGB. die Herausgabe erzwingen.

2. Ist § 184 Abs. 2 bei Kapitalserhöhungen anwendbar? OLG. **11** 389 (KG.). Die Bestimmungen über die bei einer Erhöhung des Grundkapitals stattfindenden Überpari-Emission sind in den §§ 278 ff. erschöpfend niedergelegt. § 184 Abs. 2 findet keine Anwendung. Dies wird ausführlich aus Wortlaut und Geschichte des Gesetzes entwickelt.

§§ 280, 284. 1. Sind die Anmeldungen persönlich zu bewirken? DJZ. **05** 125, ZBlFG. **5** 569, BauersZ. **12** 171 (KG.). Bei der Anmeldung von Kapitalserhöhungen können sich die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats durch Bevollmächtigte nicht vertreten lassen. Eine Vertretung bei der Anmeldung zum Handelsregister ist dann nicht zulässig, wenn bei der Anmeldung Erklärungen über die Prüfung der der Anmeldung zugrunde liegenden tatsächlichen Vorgänge abzugeben sind, wie in den Fällen der §§ 195^{3}, 280^{2}, 284^{3}. Hier soll durch die persönliche Mitwirkung der Mitglieder der Organe der AG. eine Garantie für die Richtigkeit der Anmeldung gegeben werden (vgl. arg. e. contr. aus § 286^{4}). Auch § 246^{4} und seine Vorgeschichte beweisen, daß die Organsmitglieder sich nicht in allen Fällen durch Bevollmächtigte vertreten lassen können. Die persönliche Anmeldung kann nachgeholt werden.

2. Gebühr für die Eintragung. **a)** Vgl. o. Note 2 zu § 201.

b) OLG. **11** 163 (Karlsruhe) behandelt die Frage, ob bei Eintragung einer Kapitalserhöhung bei einer Zweigniederlassung, deren Handelsregister von einem badischen Gerichte geführt wird, die Gebühr gemäß § 45 III a BadRPolizeikostenG. zu entrichten ist, wenn die Hauptniederlassung, bei welcher die Kapitalserhöhung eingetragen ist, außerhalb Badens liegt, und bejaht dieselbe. Die Er-

mäßigung aus § 46[1] tritt nur dann ein, wenn die Hauptniederlassung gleichfalls in Baden liegt.

§ 286. OLG. **11** 388 (KG.). Die Prüfung der Voraussetzungen für die Eintragung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses liegt lediglich dem Registergerichte der Hauptniederlassung, nicht auch dem der Zweigniederlassung ob. Dies folgt aus dem Wortlaut und der Geschichte des Gesetzes (Denkschr. zu § 278). Mit dieser Auffassung steht auch im Einklange, daß nur die Eintragung im Register der Hauptniederlassung, nicht auch die im Register der Zweigniederlassung konstitutive Wirkung hat.

§ 289. Literatur: BauersZ. **13** 8. Wann hat der Vorstand im Falle der Grundkapitalsherabsetzung die Aufforderung an die bekannten Gläubiger zu erlassen?

BauersZ. a. a.O. führt aus, daß die im Titel erwähnte Aufforderung nur so zu erfolgen brauche, daß sie noch in das Sperrjahr falle, also bis gegen Ende des Sperrjahrs aufgeschoben werden könne.

§ 291. Wann gilt die Herabsetzung des Kapitals als erfolgt?

1. Staub, Kommentar Anm. 7 ff. Es ist scharf zu unterscheiden die Frage, wann die Herabsetzung erfolgt ist, von der andern, wann die mit der Herabsetzung verfolgten Zwecke erreicht sind. Bei Herabsetzung des Grundkapitals durch bloße Herabsetzung des Nennwerts der Aktien erfolgt die Herabsetzung mit der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses; ist der einzelne Aktionär verpflichtet, eine bestimmte Anzahl Aktien zur Herabsetzung auf einen geringeren Betrag einzureichen, so mit der Einreichung; ist nur die Zusammenlegung solcher Aktien beschlossen, welche sich nicht innerhalb einer Präklusivfrist an einer anderen Transaktion beteiligen, so mit Ablauf der Frist; ist den Aktionären ein Wahlrecht dabei eingeräumt, so mit dem Zeitpunkte der Ausübung des Wahlrechts.

2. Leist a. a. O. 89 schließt sich unter Polemik gegen die abweichenden Ansichten von Ring, Simon, Rehm im wesentlichen Staub an. In der Eintragung des Herabsetzungsbeschlusses liegt das Fundament der „erfolgten" Herabsetzung; mit ihr ist der neue rechnerische Faktor, die Grundkapitalsziffer fixiert. Ist die neue Grundkapitalsziffer bereits in dem Beschlusse festgelegt, ist dessen Eintragung maßgebend, hängt sie von dem Eintritte bestimmter Tatsachen ab, so entscheidet deren Eintritt.

3. Goldmann (Kommentar Note 1). Die Herabsetzung ist „erfolgt" in dem Zeitpunkte, in welchem die Maßregel der beschlossenen Herabsetzung ausgeführt ist, in welchem der Teil, um welchen die Herabsetzung erfolgt ist, aufgehört hat, ein Teil des Aktienkapitals zu sein; wenn Rückzahlungen an die Aktionäre mit der Herabsetzung verbunden sind, erst mit Ablauf des Sperrjahrs.

Fünfter Titel. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft.

§ 294. BauersZ. **12** 271, OLG. **11** 33, ZAktWes. **15** 61 (Karlsruhe). Das Liquidationsverfahren ist im HGB. erschöpfend geregelt, so daß die Vorschriften des BGB. zur Ergänzung nicht herangezogen werden können. In Frage würden übrigens nur die Vorschriften über die Vereine, nicht die über Gesellschaft oder Gemeinschaft kommen.

§ 299. KGJ. **30** A 125, ZBlFGB. **6** 460, RJA. **6** 128 (KG.). Die Verpflichtung des Liquidators zur Aufstellung einer Bilanz ist öffentlich-rechtlich. Der Liquidator kann sich nicht von ihr befreien durch die Berufung darauf, daß es der in Liquidation befindlichen AG. an Mitteln fehle, die Kosten einer Generalversammlung zu tragen, eventl. muß er die Kosten vorschießen. Es ist ihm durch das Gesetz freigestellt, ob er das ihm angetragene Amt eines Liquidators übernehmen will, und er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er sich nicht ge-

nügend vorher über die Verhältnisse unterrichtet. — Der Liquidator muß die Bilanz aufstellen, so gut es geht, kann sie nach den vorhandenen Unterlagen zunächst nur unvollständig aufgestellt werden, so ist sie nachträglich zu ergänzen.

§ 300. Literatur: Fuld, Naturalteilung von Aktien bei der Liquidation, HoldheimsMSchr. **05** 41.

1. *Fuld a. a. O. Bei der Liquidation einer AG. kann die Auseinandersetzung auch durch Naturalteilung vorhandener Aktien beschlossen werden und zwar ist nur einfache Mehrheit für den Beschluß erforderlich. Eine Bestimmung, welche die Naturalteilung verhindert, besteht nicht. § 149 HGB. steht nicht im Wege, da diese Bestimmung keinen zwingenden Charakter hat und Naturalteilung auch bei offenen Handelsgesellschaften beschlossen werden kann. Die Zulässigkeit kann weiter aus § 752 BGB. gefolgert werden, dessen mittelbare Anwendbarkeit unbedenklich ist, da es sich um eine Bestimmung des Gesellschaftsrechts schlechthin handelt. Man beruft sich mit Unrecht auf den Charakter der Naturalteilung, das BGB. faßt die Naturalteilung bei Gesellschaften sogar als die Regel auf. Was die Frage betrifft, ob aus der Anwendung des § 152 HGB. das Verlangen einer qualifizierten Mehrheit gefolgert werden könne, so ist die analoge Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf Aktiengesellschaften mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 298 und dessen Entstehungsgeschichte zu verneinen, obwohl zugegeben werden muß, daß zweierlei Ansichten hierbei möglich sind. Ist also die Naturalteilung an sich zulässig, so erscheint sie dann unstatthaft, wenn Sonderrechte der Aktionäre dadurch verletzt werden. Ein solches Sonderrecht ist das Recht jedes Aktionärs auf gleichmäßiger Berücksichtigung bezüglich Zuweisung der Liquidationsrate; wird in dieser Hinsicht zwischen den einzelnen Aktionären ein Unterschied gemacht, so ist der betreffende Beschluß der Generalversammlung ungültig.

2. BauersZ. **12** 271, OLG. **11** 33, ZAktWes. **15** 61 (Karlsruhe). Die Generalversammlung einer in Liquidation befindlichen AG. kann mit einfacher Stimmenmehrheit beschließen, daß gewisse Vermögensstücke der AG. in Natur verteilt werden sollen. Ein solcher Beschluß würde nur dann rechtlich bezweifelt werden können, wenn das Recht eines Aktionärs am Vermögen einer AG. in Liquidation sich in dem Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrags erschöpfte. Das ist aber nicht der Fall; eine solche Konstruktion würde der Eigenart des Aktionärrechts nicht gerecht. Aus der Fassungsänderung des § 298 (früher Art. 244a Abs. 1) bei der Neuredaktion des HGB. und dem Nichtverweisen auf § 152 HGB. darf nicht gefolgert werden, daß die Bewegungsfreiheit der liquidierenden AG. mehr eingeschränkt werden sollte, als die der oHG. in entsprechender Lage. — § 752 BGB. ist für die Beantwortung der Frage nicht zu verwerten aus den zu § 294 angeführten Gründen. — Auch gegen ein Sonderrecht der Aktionäre verstößt der Beschluß nicht.

§ 302. Die JDR. **3** zu § 302 mitgeteilte Entscheidung des RG. steht auch BauersZ. **12** 78.

§§ 303 ff. Literatur: Erlanger, Die Übertragung von Kredithypotheken, insbesondere im Falle der Fusion von AGen, HoldheimsMSchr. **05** 10. — Geißmar, HoldheimsMSchr. **05** 37 ff.

1. *Geißmar a. a. O. Die nach den Steuergesetzen an die freiwillige Veräußerung von Grundstücken geknüpfte Steuerpflicht greift nicht Platz, wenn die Grundstücke (wie bei der Fusion zweier AG.) Teile einer Vermögenseinheit bilden. Es bewirkt die Fusion eine Universalsukzession. In zutreffender Weise wird deshalb von Staub zu § 306 das Verhältnis so präzisiert: „Die übertragende AG. wird hierbei behandelt wie eine verstorbene und beerbte Partei."

Befinden sich im Vermögen der übertragenden AG. Liegenschaften, so ist deren Auflassung unzulässig; denn der Übergang des Eigentums vollzieht sich kraft Gesetzes schon mit dem Eintrage der die Fusion betreffenden Beschlüsse der Generalversammlung. Zu diesem Ergebnisse gelangt der Verf. bei Besprechung eines Urteils des BadVerwGH. (Holdheims MSchr. **05** 134) unter Bezug auf ein Urteil des LG. Mainz und OLG. Darmstadt.

2. Übertragung von Kredithypotheken. — Erlanger a. a. O. Eine für die Geschäftsverbindung eines Dritten mit der übernommenen AG. bestellte Maximalhypothek haftet für die aus der Geschäftsverbindung dieses Dritten mit der übernehmenden AG. entstehenden Verbindlichkeiten nur, wenn eine Auswechselung der Forderung unter Beobachtung der Vorschriften des § 1180 BGB. stattgefunden hat.

§ 305. I. Begriff der Fusion. — OLG. **10** 240 (Hamburg). Der Ausdruck „Fusion" ist gesetzlich nicht definiert. Sodann wird, soweit sich der wenig klaren Mitteilung der Entscheidung entnehmen läßt, auseinandergesetzt, daß die wirtschaftliche Vereinigung mehrerer GmbH. und AG. ohne Änderung des rechtlichen Bestandes derselben jedenfalls dann nicht als Fusion aufgefaßt werden könne, wenn die fraglichen Gesellschaften bereits vor der wirtschaftlichen Vereinigung wirtschaftlich in Zusammenhang standen. Eine Fusion liegt auch dann nicht vor, wenn die eine Gesellschaft sämtliche Anteile bzw. Aktien der anderen erwirbt, denn die in einer Hand eintretende Vereinigung sämtlicher Geschäftsanteile bzw. Aktien führt nicht die Auflösung der Gesellschaft herbei.

II. Abs. 3. Die Löschung von Hypotheken der übernommenen AG. — BauersZ. **13** 272, OLG. **11** 35 (KG.). Zur Löschung einer für eine durch Fusion mit einer anderen AG. untergegangenen AG. eingetragenen Hypothek genügt die Löschungsbewilligung der AG., mit welcher die ursprüngliche Gläubigerin fusioniert ist, und die Erklärung des Grundstückseigentümers. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die übernehmende AG. zunächst in das Grundbuch eingetragen wird.

Sechster Titel. Strafvorschriften.

Allgemeines; Verantwortlichkeit für die Beobachtung der Stempelvorschriften in Baden. — BadRpr. **05** 80, Zolldir. 13. 2. 05. Für die vorgeschriebene Versteuerung des von einer AG. erworbenen oder sonstwie im Sinne des Gesetzes in Empfang genommenen und nachher weggegebenen Wechsels sind alle Vorstandsmitlieder des AGvorstandes strafrechtlich verantwortlich, auch diejenigen, die persönlich am Weggeben nicht beteiligt gewesen sind. Dies folgt daraus, daß die durch das WStempStG. vorgeschriebenen Verpflichtungen jedem vertretungsberechtigten Vorstandsmitglied obliegen.

§ 312. Literatur: BauersZ. **12** 178: Die Rechtsfolgen einer den Aktionären bekannt gegebenen, von diesen aber nicht berichtigten Überwertung der Aktiven.

BauersZ. a. a. O. Der Vorstand macht sich strafbar nach § 312, wenn er wissentlich erdichtete Dividenden zur Verteilung bringt.

§ 313. 1. Abs. 1 Nr. 3. „Einzahlung". Vgl. Note 4b zu § 195.

2. Die JDR. **3** Note 1 mitgeteilte Entscheidung steht auch BankA. **5** 59.

§ 314. **RG.** BankA. **5** 12, JW. **05** 550. Der Aufsichtsrat, welcher in dem Geschäftsberichte bewußt eine falsche Darstellung des Vorstandes passieren läßt, ohne in seinen Bemerkungen auf die Unrichtigkeit hinzuweisen, macht sich mit dem Vorstande der „unwahren" Darstellung schuldig.

§§ 317 f. Literatur: ZAktWes. **15** 173: Das Leihen von Aktien.

§ 318. Vgl. Note 5 zu § 252.

Fünfter Abschnitt. Stille Gesellschaft.

§ 335. 1. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 165, R. **05** 138, BauersZ. **12** 234. Ein stiller Gesellschafter haftet wie ein offener Handelsgesellschafter, wenn er allgemein mit Bewilligung des Inhabers des Geschäfts als Mitinhaber auftritt.

2. Wie ist die Einlage zu leisten? — **a)** Vgl. IDR. **2** Note 2c zu § 335, und o. Note 5 zu § 161.

b) **RG.** Holdheims MSchr. **05** 214, BauersZ. **12** 283. Wenn in einem Gesellschaftsvertrag der stille Gesellschafter zu einem ziffernmäßig festgesetzten Kapitalbeitrag verpflichtet ist, steht nichts im Wege, daß die Gesellschafter die Leistung von Diensten durch den stillen Gesellschafter und die Erwirkung eines von Dritten zu gewährenden Darlehns bzw. einer Bürgschaft gleich der Einzahlung des bedungenen Betrags gelten lassen.

§ 337. 1. Das Verhältnis von § 337 Abs. 2 Satz 1 zu § 336. — **a)** Goldmann Note 7 zu § 337 und Note 1 zu § 336: Abs. 2 Satz 1 enthält kein zwingendes Recht; er kann abgeändert werden in den allgemeinen gesetzlichen Schranken. — Ebenso Staub Anm. 9. — **b)** WürttZ. **17** 179 (Stuttgart). § 336 und § 337 schließen einander nicht aus; § 337 enthält eine selbständig neben § 336 geltende Beschränkung der Haftung für Verlust. Ob die Aufhebung der im Abs. 2 Satz 1 aufgestellten Beschränkung mit dem Wesen der stillen Gesellschaft vereinbar ist, kann dahingestellt bleiben.

2. „Rückständige" Einlage. — OLG. a. a. O. (Stuttgart). Als „rückständige Einlage" ist nach der Entstehungsgeschichte des Abs. 2 Satz 1, sowie nach dem Begriff und Wesen der Einlage auch der Betrag anzusehen, welcher nach dem Gesellschaftsvertrag erst nach Ablauf einer Frist eingezahlt werden soll und noch nicht eingezahlt worden ist.

3. Was ist unter „Geschäftsgewinn" zu verstehen? — WürttZ. **17** 33 f. (Stuttgart). Ein Fabrikant patentierter Sicherröster zog aus seinen Fabrikaten teils unmittelbar aus dem Verkaufe, teils in der Weise Gewinn, daß er sich von dem Käufer einen erheblichen Betrag dafür bezahlen ließ, daß er sich verpflichtete, in einem bestimmten Umkreise des Wohnorts des Käufers an niemand sonst einen derartigen Apparat zu liefern, oder indem er das alleinige Herstellungs- und Verkaufsrecht für einen gewissen Bezirk an eine bestimmte Person übertrug. Er schuldet einem stillen Gesellschafter, welchem er einen bestimmten Prozentsatz „des Geschäftsgewinns" versprach, einen Anteil an dem Gewinne aller drei vorgenannten Vertriebsweisen, da sie sämtlich Ausfluß seines Handelsgewerbes sind.

§ 338. 1. KGJ. **30** A 121, RJA. **6** 124 (KG.). Die Ansprüche aus Abs. 1 können nur im Prozeßwege geltend gemacht werden, während für die Ansprüche aus Abs. 3 das Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben ist. Auf Grund des Abs. 3 kann nicht nur die Vorlegung von Zwischenbilanzen, sondern auch die der Jahresbilanz gefordert werden. — Der Richter kann dem stillen Gesellschafter gestatten, bei Einsichtnahme der Bücher und Papiere einen Sachverständigen zuzuziehen. Dafür spricht § 157 BGB., weil das Recht des stillen Gesellschafters ohne Zulassung sachverständiger Hilfe so gut wie illusorisch werden würde. Damit durch die Wahl des Sachverständigen die Rechte des Komplementärs nicht verletzt werden, empfiehlt es sich, ihn durch das Gericht zu bestellen.

2. Die IDR. **3** zu § 338 mitgeteilte Entscheidung des KG. steht auch in BauersZ. **12** 116.

Drittes Buch. Handelsgeschäfte.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung: Die zunehmende Übereinstimmung in der rechtlichen Würdigung des kaufmännischen Schriftverkehrs zeigt sich auch im Berichtsjahre. — Dagegen ist das Kontokorrentproblem von einer neuen Theorie (Müller) in Angriff genommen worden, die freilich in der Praxis sich schwerlich durchsetzen wird.

Literatur: Biberfeld, Usancen im Buchhandel, BuchBörsBl. 72 4630—4632. — Otto Bernstein, Die Geschäftsbedingungen der Bankiers und ihre rechtliche Behandlung, BankA. 4 166—171. — Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. 2. Folge. Im Auftrage des Ältesten-Kollegiums hrsg. von Max Apt. Berlin (Heymann) 1905. — Zander, Klauseln im Handelsverkehr, Gruchots Beitr. **49** 573 ff., 774 ff. Berlin 1905.

§ 344. **RG.** VI 24. 10. 04: Diese im Vorjahre (JDR. **3** Nr. 3 zu § 344) verzeichnete Entscheidung ist jetzt auch enthalten **RG. 59** 213, PuceltsZ. **05** 423, HansGZ. **05** Hptbl. 9, R. **05** 622.

§ 346. I. Handelsgebräuche.

A. Allgemeines.

1. **RG.** II 6. 10. 05, HoldheimsMSchr. **05** 318. Die Verkehrssitte muß der Richter nur dann berücksichtigen, wenn der Inhalt der konkreten Vereinbarung der Parteien zu Zweifeln Anlaß gibt oder eine der Ergänzung bedürftige Lücke aufweist, nicht aber auch dann, wenn ihr Inhalt zweifellos ergibt, daß die Parteien etwas Besonderes, von der Verkehrssitte Abweichendes haben vereinbaren wollen. Vgl. auch JDR. **3** § 346 I A 1.

2. DJZ. **05** 176 (Karlsruhe). Der Käufer einer Ware unterwirft sich den im Handelsverkehre hinsichtlich eines Vertragsgedinges herrschenden Übungen und Gebräuchen; ob er sie gekannt hat oder nicht, ist unerheblich. Übereinstimmend **RG.** JDR. **3** § 346 I A 1.

3. OLG. Hamburg IV 7. 11. 04, HansGZ. **05** Hptbl. 105. Gewisse Ausführungsmodalitäten, wie die Signierung der Ware, die Formulierung des Konnossements und der Faktura, die Abgabe von Referenzmustern, die gesonderte Gewichtsangabe für jedes Frachtstück u. dgl. pflegen vorgeschrieben zu werden, ohne verpflichtende Vertragsbedingungen zu sein.

B. In einzelnen Geschäftszweigen und Orten. 1. BraunschwZ. **05** 86 (Braunschweig). Im Rauchwaren- (Pelz-) Handel besteht kein allgemeiner Handelsbrauch, daß Auswahlsendungen an Kleinhändler binnen längstens 8 Tagen dem Großhändler zurückgeschickt werden müssen, widrigenfalls die gesandten Waren als gekauft gelten.

2. BraunschwZ. **05** 86 (Braunschweig). Durch die Verabredung von Auswahlsendungen wird zwar kein Kaufvertrag, immerhin aber ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien begründet; eine Vertragspflicht verletzt der Kleinhändler aber nicht, wenn er mangels Vereinbarung einer Frist die Sendung erst nach drei Wochen zurückgehen läßt; der Grundsatz von Treu und Glauben reicht nicht aus, den Anspruch des Großhändlers auf Zahlung der in der mitübersandten Faktura berechneten Preise zu stützen.

3. SchlHolstAnz. **05** 293 (Kiel). Im Kohlenhandel bedeuten: cobbles ⋙→ cobbles, englisch, „runde Steine“ ←⋘ Kohlen in durchschnittlich Faustgröße, hold ⋙→ englisch (seemännisch) „Raum, Last“ ←⋘ die in einem bestimmten Teile des Dampfers verstauten Kohlen.

4. OLG. Hamburg I 20. 3. 05, HansGZ. **05** Hptbl. 100. Im Holzhandel ist die amerikanische Bezeichnung „firsts and seconds“ gleichbedeutend mit der in

Deutschland üblichen „prima" und bedeutet „high grade" nichts anderes als eine gute Sortierung firsts and seconds.

5. BraunschwZ. 05 84 (Braunschweig). Im Handel mit künstlichem Dünger bestehen — wenigstens im Herzogtume Braunschweig — folgende Handelsbräuche:

a) „Per Frühjahr" gekaufter künstlicher Dünger ist nach Anfordern innerhalb einer Frist von 8—11 ➠ wohl Druckfehler für „14" ⟸ Tagen zu liefern; der Käufer kann nicht sofortige Lieferung verlangen, sondern muß eine Lieferfrist von 8—14 Tagen bewilligen.

b) Ist (für die Lieferung im Frühjahr) prompte Lieferung vereinbart, dann muß diese binnen 10 Tagen bewirkt werden.

6. BraunschwZ. 05 84 (Braunschweig). Im Putzgeschäfte bestehen — wenigstens in Braunschweig — folgende Handelsbräuche:

a) Die „Herbstsaison" dauert bis Ende November.

b) Die für eine „Saison" und während ihrer Dauer bezogenen Waren werden durch Akzepte bezahlt, die nach einiger Zeit, in der Regel nach Schluß der betreffenden Saison gegeben und im Laufe der nächsten, spätestens an ihrem Schlusse fällig werden.

c) Die Wechsel über die in der Herbstsaison (für die Frühjahrssaison) bezogenen Waren werden auf Ende November gestellt.

7. Über Handelsgebräuche

a) im Handel mit Federn und Daunen: vgl. unten § 377 B I d.

b) im Samenhandel: vgl. unten § 377 C I 1.

8. Über einen angeblichen Handelsgebrauch im chinesischen Exporthandel (insbesondere im Geschäftsverkehre zwischen dem Hamburger Exporteur und seinem binnenländischen Fabrikanten, Kommissionär oder Agenten), demzufolge der Exporteur bei unvollständiger Lieferung dem Lieferanten gegenüber zur Abnahme nur verpflichtet ist, wenn dieser bündig verspricht, für den Schaden einzutreten, vgl. Urteil OLG. Hamburg II 14. 3. 05, HansGZ. **05** Hptbl. 138.

C. Bedeutung von Klauseln. — JDR. **3** Ziff. I c.

1. Zander, GruchotsBeitr. **49** 573 ff. (auch Schultz das. **40** 243 f.) über den Inhalt und die juristische Bedeutung der im Handelsverkehr üblichen Klauseln. Zander unterscheidet insbesondere folgende Gruppen: a) Klauseln bei Offerten und Annahmeerklärungen. „Ich stelle fest an", „freibleibend", „heutige Drahtantwort", „bis zur Börsenzeit", „zur Auswahl", „limit", „Aufgabe vorbehalten" (vgl. o. zu § 95). — b) Qualitätsklauseln. „Wie besehen", „Empfang erklärt", „vu et agréé", „tel quel", „wie gehabt", „genau nach Muster". — c) Quantitätsklauseln. „Zirka", „bahnamtliches Gewicht", „ausgeliefertes Gewicht garantiert". — d) Klauseln als Abreden über den Erfüllungsort. — e) Klauseln als Abreden über die Erfüllungszeit. „Sofort nach Eröffnung der Schiffahrt", „Auf Abruf", „auf Lieferung September", „prompt", „unverzüglich" usw. — f) Kaufpreisklauseln. „Netto Kasse", „3/3 Monatsakzept", „Valuta per März", „Kasse gegen Verladungsdokument", „Netto Kasse laut Konnossement", „brutto für netto". — g) Klauseln als Abreden über die Transportkosten. „franko Bestimmungsort", „frei ab", „franko Haus", „franko gegen franko", „Frachtparität", „frei Ufer", „cif", „fob". — h) Die Arbitrageklausel. Z. B. Berliner Arbitrage.

2. Klausel cif: Vgl. JDR. **3** § 346 Ziff. I C 2.

a) **RG.** VI 27. 3. 05, HansGZ. **05** Hptbl. 140, hat die Revision gegen dies Urteil des OLG. Hamburg zurückgewiesen.

b) SchlHolstAnz. **05** 293 (Kiel). Die Klausel cif bezieht sich lediglich auf die Kosten des Transports, eine Änderung des Leistungsorts hat sie nicht zur Folge.

3. Klausel fob.

a) HansGZ. 05 Hptbl. 129 (Hamburg). „Frei an Bord" oder nach englischer Abkürzung fob bedeutet seinem Wortlaute nach, daß die Ware vom Verkäufer kostenfrei an Bord des Schiffes zu liefern ist; so wird sie im großen Handelsverkehr ausgelegt.

Für die Bedeutung derartiger Klauseln kann nur entscheidend sein der Sinn, der ihnen an dem Orte oder an den Orten beigelegt wird, wo die Vertragschließenden ihren Wohnsitz haben, nicht aber der Sinn an dem vielleicht weit entfernten Erfüllungs- oder Abladeort; es würde zu unerträglichen Konsequenzen für den freien Handelsverkehr führen, wollte man den Parteien zumuten, darüber Erkundigungen einzuziehen, ob die Klausel an dem Erfüllungs- oder Abladeort nicht möglicherweise eine andere Bedeutung hat.

b) SchlHolstAnz. 05 308 (Kiel). Die Klausel „fob" bestimmt den Erfüllungsort des Verkäufers und zugleich den Ort, bis zu dem er die Frachtkosten trägt, für die Ablieferung ist sie nicht maßgebend.

4. Klausel: „rebus sic stantibus": vgl. Ziff. 2 zu § 321 BGB.

5. Streik-Klausel, BraunschwZ. 05 80 (Braunschweig). Sie entbindet den Verkäufer von seiner Verpflichtung zu rechtzeitiger Lieferung, wenn ein Arbeiterstreik oder eine Massenkündigung eintritt, für die Dauer und den Umfang der dadurch notwendig gewordenen Einschränkung der Produktion. — Sie bewirkt, daß er während der Dauer des Streiks nicht in Verzug kommt und er seinen vertragsmäßigen Anspruch auf Abnahme rückständig gebliebener Lieferungsposten auch über die bedungene Lieferzeit hinaus behält, während der Käufer unter Umständen selbst erst in angemessener Zeit nach Beendigung des Streiks Lieferung fordern kann.

6. „Auf Abruf nach Bedarf." OLG. Colmar I 23. 12. 04, ElsLothZ. 05 384, R. 05 229. Diese Klausel verbietet auch ohne besondere Vereinbarung dem Käufer, seinen Bedarf anderweit durch Zwischenkäufe zu decken. — Sie („nach Bedarf") enthält mindestens die Zusicherung des Käufers, daß ein gewisser Bedarf in der Zukunft vorhanden sein werde; der Umfang des Bedarfs ist nach billigem Ermessen zu bestimmen.

7. Klausel „in gegenwärtiger Beschaffenheit": vgl. u. § 373 II 2 α c.

8. BadRpr. 05 186, HoldheimsMSchr. 05 212 (Karlsruhe). Die Konnossementsklausel „unverantwortlich für Gewicht" bewirkt nur, daß die Get wichtsangabe des Konnossements nicht als Quittung des Frachtführers gilt, befrei ihn aber nicht von seiner Verantwortlichkeit für ein Manko und läßt dem Absender jeden anderweiten Beweis der Quäntität offen.

9. BraunschwZ. 05 85 (Braunschweig). Die Abrede, daß der Verkäufer die Ware „auf freies versichertes Lager" zu nehmen hat, bedeutet, daß von da an die Gefahr und auch das Eigentum auf den Käufer übergeht. In diesem Falle ist dem Käufer nach Handelsbrauch die Mängelanzeige bis zur Ausantwortung der Ware vorbehalten.

10. **a**) SchlHolstAnz. 05 134 (Kiel). Die Klausel „Netto Kassa Konnossement" verpflichtet den Käufer vorzuleisten, aber nicht dazu, die Ware ohne Rücksicht auf ihre Beschaffenheit anzunehmen, zumal dann nicht, wenn sie bereits am Bestimmungsort angekommen ist; sie legt ihm nur die Beweislast für die Rechtmäßigkeit einer Annahmeverweigerung auf. Der Verkäufer, der Zahlung des vereinbarten Preises verlangt, obwohl er selber zur Lieferung vertragsmäßiger Ware nicht bereit ist, verstößt gegen Treu und Glauben. Wodurch der Käufer von der Vertragswidrigkeit der Ware Kenntnis erlangt hat, ist unerheblich: ein Rechtssatz, daß jemand eine Kenntnis, die er einem Vertrauensbruche verdankt, zur Wahrung seiner Rechte nicht verwerten darf, besteht nicht. —

b) RG. 27. 9. 04, **59** 23. Die Klausel „Netto Kassa gegen Konnossement" verpflichtet den Käufer nicht unbedingt zur Zahlung gegen Übergabe der Papiere; sie hat vielmehr nur die Wirkung, daß der Käufer, wenn er die Einlösung verweigert, die Berechtigung seiner Weigerung (z. B. wegen Vertragswidrigkeit der Ware) beweisen muß. Trotz dieser Klausel gerät aber der Käufer, der bei Vorzeigung des Konnossements die Zahlung verweigert, auch dann nicht in Verzug, wenn sich erst demnächst herausstellt, daß er aus einem Grunde, den er nicht geltend gemacht, vielleicht gar nicht gekannt hat, materiell zur Zahlung und Annahme des Konnossements oder der Ware nicht verpflichtet war.

11. Arbitrageklauseln.

a) RG. HoldheimsMschr. **05** 217, R. **05** 315, NaumburgAK. **05** 58 ElsLothZ. **05** 536. Die Klausel „Hamburger Konditionen" im Schlußscheine genügt nicht zur Annahme, daß die Parteien sich der Hamburger Gerichtsbarkeit unterwerfen, denn das zuständige ordentliche Gericht wird nur dadurch unzuständig, daß die Parteien die ausschließliche Zuständigkeit eines bestimmten anderen Gerichts vereinbaren.

b) PosMSchr. **05** 34 (Marienwerder). Die Arbitrageklausel bedeutet, daß bei nicht probemäßiger Lieferung die Ware nicht zurückgewiesen werden darf, sondern zu dem von einer Sachverständigenkommission zu ermittelnden Minderwert abgenommen werden muß; die Aufgabe dieser Sachverständigen geht nur dahin, die Ware zu untersuchen und ihren Minderwert festzustellen, nicht aber wie ein Schiedsrichter einen Rechtsstreit völlig zu entscheiden. Diese gewöhnliche Arbitrageklausel enthält somit keinen Schiedsvertrag. — Sind aber der Arbitrageklausel die Worte „in allen Streitfällen" hinzugefügt, dann kann damit beabsichtigt sein, auch noch andere Streitigkeiten als die über die Qualität der Ware außerhalb des Prozesses zu erledigen, und zwar durch die Arbitragekommission als Schiedsrichter. Da aber Arbitrageverfahren und Schiedsvertrag sich grundsätzlich voneinander unterscheiden, so hätte eine solche Absicht in deutlicherer Form ausgedrückt werden müssen; die Klausel „Danziger Arbitrage in allen Streitfällen" kann deshalb nur als Arbitrage in allen Qualitätsdifferenzen aufgefaßt werden.

c) SchlHolstAnz. **05** 134 (Kiel). Zur Rechtswirksamkeit der Arbitrageabrede gehört Einigkeit der Parteien über den Ort, an dem die Arbitrage stattfinden soll, und zwar wird dieser Ort stets ausdrücklich bestimmt; regelmäßig ist es der Bestimmungsort und nur ausnahmsweise der Ort, an dem sich die Handelsniederlassung des Verkäufers befindet. (Vgl. Frommer, Die Arbitrage-Klausel im Getreidehandel, GoldschmidtsZ. **39** 325 ff., insbes. 343.)

d) OLG. Hamburg II 18. 2. 05, HansGZ. **05** Hauptbl. 93. Folgende Klausel:

„Sollten Streitigkeiten wegen dieses Kontrakts oder seiner Erfüllung entstehen, so darf weder Annahme der Ware noch die bedungene Zahlung verweigert werden, sondern es soll, nachdem solche erfolgt ist, jede Partei, falls eine Einigung unter der Hand nicht zu erzielen ist, einen Schiedsrichter wählen und, falls diese Schiedsrichter sich nicht einigen können, sollen sie die Angelegenheit einem Obmann zur endgültigen Schlichtung übertragen. Die Entscheidung der Schiedsrichter oder des Obmanns ist für beide Teile bindend. Die Kosten der Arbitrage trägt jede Partei zur Hälfte"

ist keine Arbitrageklausel im engeren Sinne, dahingehend, daß Qualitätsdifferenzen durch Schätzungsmänner (arbitratores) erledigt werden sollen, sondern eine echte Schiedsgerichtsklausel; ausbedungen ist danach vorgängige Zahlung unter Verweisung jedes sachlichen Streites an die Schiedsrichter; wird nicht freiwillig gezahlt, so ist darauf bei dem ordentlichen Gericht zu klagen, bei dem

die Klägerin sich auf Einreden wegen vertragswidriger Lieferung nicht einzulassen braucht; solcher Streit vielmehr ist vor die Schiedsrichter verwiesen, die bei Rechtfertigung der Einreden den Verkäufer, dem auf Grund des Vertrags der Kaufpreis unter Vorbehalt gezahlt ist, zur entsprechenden Rückzahlung zu verurteilen haben würden.

e) OLG. Hamburg II 18. 2. 05, HansGZ. **05** Hptbl. 93. Diese Schiedsgerichtsklausel darf aber nicht zur vorsätzlichen Benachteiligung des Vertragsgegners gemißbraucht werden. Der Verkäufer, der gestützt auf seinen Schein die Gelegenheit benutzen will, um dem Käufer offenbar vertragswidrige und für ihn offenbar unverwendbare Ware zuzuschieben und von ihm, der sich schon überzeugen konnte, daß sein Vertrauen gemißbraucht wurde, Vorauszahlung des Kaufpreises verlangt, handelt dolos; seine Klage auf Zahlung hat das ordentliche Gericht abzuweisen. Es greift damit nicht in die den Schiedsrichtern vorbehaltene Entscheidung in der Sache selbst ein, sondern zwingt nur den Käufer nicht zur Vorzahlung und verweist den Verkäufer an die Schiedsrichter.

D. Kaufmännischer Sprachgebrauch.

1. HansGZ. **05** Hptbl. 105 (Hamburg). „Auftrag" im gewöhnlichen Sinne des Handelsverkehrs ist ein Schriftstück, in dem der Besteller einer Ware die Vertragsbedingungen, unter denen er zu kontrahieren wünscht, zusammenzufassen pflegt; rechtlich ist er ein Antrag (§ 145 BGB.).

2. „Aufschießen" bedeutet im Hamburger Geschäftsjargon „die Annahme verweigern", vgl. HansGZ. **05** Hptbl. 139 (Hamburg).

3. OLG. **11** 28 (Hamburg). Das Wort „Vertreter" in der kaufmännischen Ausdrucksweise deckt sich nicht immer mit dem Rechtsbegriffe des „Stellvertreters", sondern bedeutet häufig nur eine Interessenvertretung.

4. Die Wendung: „Ich stelle Ihnen die Ware zur Disposition" kann Weigerung der Abnahme oder Weigerung der Annahme oder beides zugleich sein, kann aber auch bedeuten, daß der Käufer die Leistung als Erfüllung gelten lasse und den Gewährleistungsanspruch der Wandlung erhebe. Düringer-Hachenburg zu § 373.

5. „Konsignation" vgl. u. § 383 Bem. 3 u. 4.

6. „Emissionsbonifikation" vgl. u. § 401.

7. „Saisonware" vgl. u. § 376 Bem. 2.

8. „Ausfallmuster" vgl. u. § 377 BIf.

9. „Mäntel" vgl. u. § 366.

II. Stillschweigen.

A. Bestellscheine.

1. **RG.** II 9. 6. 05, ElsLothZ. **05** 341. Der vom Käufer zum Zeichen seines Einverständnisses unterzeichnete Bestellschein läßt, ebenso wie die im Handelsverkehr übliche bestätigte Schlußnote, nur die Deutung zu, daß sein Inhalt für das abgeschlossene Geschäft allein maßgebend sein und etwaige abweichende, mit seinem Inhalt in Widerspruch stehende mündliche Beredungen nicht mehr gelten sollten, und daß der Beteiligte, der durch seine Unterschrift den Inhalt genehmigt, sich damit den in dem Bestellschein enthaltenen, mündlich nicht besonders vereinbarten Bedingungen, z. B. über den beiderseitigen Erfüllungsort, unterwerfen wolle. Treu und Glauben im Verkehre würden bedenklich erschüttert werden, wenn man es zulassen wollte, solche schriftliche Willenserklärung durch einen vorhergegangenen oder gleichzeitigen Widerspruch des Erklärenden unwirksam zu machen. Wenn der Käufer eine genaue Nachprüfung des ihm zur Unterschrift vorgelegten Bestellscheins unterlassen hat, so hat er das auf seine eigene Gefahr getan; denn man kann von jedem, insbesondere von einem Geschäftsmanne, verlangen, daß er vor Abgabe seiner Unterschrift sich über den Inhalt

des von ihm zu unterzeichnenden Schriftstücks vergewissert, zumal wenn dasselbe seiner Natur nach rechtserhebliche Tatsachen zu bekunden bestimmt ist.

2. NaumburgAK. **05** 4 (Naumb.). Der vom Warenkäufer unterzeichnete Bestellschein (Kommissionsnote) erbringt als Privaturkunde gemäß § 416 ZPO. vollen Beweis dafür, daß der Aussteller das, was über seiner Namensunterschrift steht, auch wirklich erklärt hat. Zur Führung des Gegenbeweises, daß die Urkunde nicht dem wirklichen Willen der Aussteller entspreche, genügt nicht der Umstand, daß vor der Unterzeichnung des Bestellscheins zwischen den Kontrahenten über den Erfüllungsort nicht verhandelt ist, selbst dann nicht, wenn der Aussteller den Schein nicht gelesen haben sollte. Protestiert er nach Empfang nicht, dann muß er den Inhalt gegen sich gelten lassen, selbst wenn der Schein eine Bestimmung enthält, die bei den mündlichen Verhandlungen nicht mit erwähnt war; denn der Bestellschein sollte gerade als Urkunde über den Abschluß des Kaufes errichtet werden und daher alle Vertragsbedingungen enthalten und die Einigung bzw. die Unterwerfung des Bestellers unter die im Schein enthaltenen Bedingungen konstatieren. Der Vordruck „beiderseitiger Erfüllungsort M." ist zudem klar und zweifelsfrei und steht mit deutlichen Druckzeichen an einer in die Augen fallenden Stelle. — Nun hat der Besteller den Schein nicht nur unterschrieben, sondern auch sofort eine Kopie erhalten, ohne bis zum Prozeßbeginn die Bestimmung über den Erfüllungsort als nicht vereinbart zu rügen. Eine solche Vereinbarung ist aber durch die Unterzeichnung des Bestellscheins und die protestlose Annahme einer Abschrift davon zweifelsfrei zustande gekommen. Der Besteller muß deshalb so behandelt werden, als habe er den gesamten Inhalt des Scheins gewollt. Vgl. hiergegen JDR. **3** § 346 II C (78, 79).

B. Bestätigungsschreiben.

1. Zweck.

a) OLG. **11** 28 (Kiel) JDR. **3** § 346 II A 1 f.

b) OLG. Hamburg III 9. 6. 05, HansGZ. **05**, Hptbl. 180. Der Schluß- und Bestätigungsbrief des Verkäufers über das mündlich von seinem Vertreter abgeschlossene Geschäft ist dazu bestimmt, den Vertragsinhalt urkundlich festzulegen und auch noch ergänzende, namentlich nebensächlichere Bestimmungen zur Anerkennung zu bringen, über die bei der mündlichen Verhandlung mit dem Vertreter häufig keine Aussprache erfolgt, die aber üblich sind und auf die der Verkäufer Wert legt.

2. HansGZ. **05** Hptbl. 180 (Hamburg). Zur Kenntlichmachung seines Nichteinverständnisses braucht der Käufer dem Verkäufer nicht ausdrücklich mitzuteilen, welche von den in das Bestätigungsschreiben aufgenommenen Vertragsbestimmungen er beanstanden will. Schon wenn der Käufer das Bestätigungsschreiben ununterschrieben, ohne sonstiges Zeichen der Genehmigung und ohne Begleitschreiben einfach zurücksendet, so gibt er damit deutlich kund, daß er das Zustandekommen des Kaufes so, wie es in dem Bestätigungsschreiben behauptet wird, nicht anerkennt.

C. Schlußnoten.

RG. II 10. 1. 05, HansGZ. **05** Hptbl. 80, DJZ. **05** 314, **RG. 59** 350. Auch wenn die Schlußnote von den Parteien (entgegen § 94 HGB.) nicht unterschrieben ist, kann aus der Tatsache, daß der Empfänger gegen ihren Inhalt Widerspruch nicht erhob, sein stillschweigendes Einverständnis gefolgert werden. Zweck der Schlußnote ist, Klarheit über die Vertragsbedingungen zu schaffen und den Parteien den Beweis zu erleichtern; sie dürfen daher ihren Inhalt (z. B. die Klausel: „Ablieferungs- und Erfüllungsort X.") ohne Nachteil

nicht unbeachtet lassen; ihm kommt eine andere Bedeutung zu als dem Vermerk über den Erfüllungsort auf den Fakturen.

D. Fakturen. Vgl. JDR. 3 § 346 IIB (78).

1. RG. II 10. 1. 05, HansGZ. 05 Hptbl. 80, RG. 59 350, DJZ. 05 314. Fakturen sind an und für sich nicht dazu bestimmt, zur Feststellung einer Vereinbarung über den Erfüllungsort zu dienen; deshalb kann der Empfänger einen diesbezüglichen Vermerk auf der Faktura ohne Nachteil unbeachtet lassen.

2. ThürBl. 52 94 (Jena). Da der Vertrag bei Übersendung der Faktura an den Käufer bereits abgeschlossen war, verpflichtet die einseitige Bemerkung des Verkäufers auf seiner Faktura: „Zahlungs- und Erfüllungsort X." den anderen Teil nicht, eine Erklärung darüber abzugeben; aus seinem Stillschweigen kann nicht Zustimmung hergeleitet werden.

3. HansGZ. 05 Hptbl. 105 (Hamburg). Liegt der Vertrag bereits bindend und in jeder Beziehung fertig vor, dann können einseitige Abänderungsanträge der Gegenpartei von der Empfängerin ohne Nachteil unbeantwortet gelassen werden.

4. HansGZ. 05 Hptbl. 12, BauersZ. 12 234 (Hamburg). Lassen die Vertragsabmachungen noch Unbestimmtheiten übrig und erklärt der eine Teil dem anderen, wie er den oder die betreffenden Punkte geregelt wissen wolle, so muß „nach der Vertragssitte und insbesondere nach den unter Geschäftskundigen und schreibgewandten Kaufleuten im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten" der andere Teil jedenfalls dann, wenn er widersprechen will, den betreffenden Punkt durch Aussprache oder im Korrespondenzwege zur Erörterung und Klarstellung bringen; unterläßt er dies und schweigt, dann ist die Annahme begründet, daß er in dem betreffenden Punkte dem Vertragsgegner zustimmt. Vgl. JDR. 2 Ziff. 3a zu § 346 (78).

E. Längere Geschäftsverbindung.

1. OLG. Kiel I 13. 3. 05, SchlHolstAnz. 05 185. Während einer längeren Geschäftsverbindung haben die Rechnungen (Fakturen) des Verkäufers, ohne daß dies vorher ausdrücklich vereinbart worden wäre, stets den Aufdruck getragen: „Erfüllung für Lieferung und Zahlung stets in jedem Falle X". Der Käufer hat dem niemals widersprochen. — Solch nachträglicher Vermerk ist rechtlich unerheblich; der Käufer ist nicht verpflichtet, sich auf die einseitige Abänderung des Vereinbarten zu äußern, sein Schweigen kann nicht als stillschweigendes Einverständnis ausgelegt werden. — Auch mit Rücksicht auf die zahlreichen früheren Fälle kann nicht angenommen werden, daß der Käufer zugestimmt oder doch nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als zustimmend zu gelten hat. Was für den nachträglichen Vermerk auf der Rechnung im einzelnen Falle gilt, muß auch von den mehreren Fällen in ihrer Gesamtheit gelten: alle blieben wirkungslos, da es zu einer Erörterung über ihre Verbindlichkeit und zu einer ausdrücklichen Zustimmung des Käufers in den früheren Fällen nicht gekommen ist.

2. BraunschwZ. 05 86 (Braunschweig). War bei dem ersten Geschäftsabschlusse mit dem Reisenden des Verkäufers vereinbart, „daß dieser für seine Lieferungen ein Ziel von 3 Monaten gewähren und es im übrigen so gehalten werden solle, wie es in der Branche Brauch sei," dann müssen, wenn später weitere Bestellungen erfolgen, ohne daß dabei über die Zahlungsbedingungen gesprochen wurde, die früheren als auch für die neuen Bestellungen maßgebend angesehen werden, um so mehr, wenn bei diesen derselbe Reisende den Verkäufer vertreten hat.

3. BadRpr. 05 188 (Karlsruhe). Bei fortgesetzter Geschäftsverbindung (Bezug derselben Kohle zu demselben Preise) bleiben die bei der ersten Lieferung zugrunde gelegten Bestimmungen — einerlei, ob sie allgemein üblich oder besonders vereinbart sind — so lange und so weit in Kraft, als sie nicht von den Parteien geändert und

aufgehoben werden. Nicht nur die Gewohnheit im Handelsverkehre, sondern überhaupt Treu und Glauben erfordern, daß die Partei, die eine Änderung (z. B. hinsichtlich des Zahlungsorts) wünscht, dies vor Abschluß der Lieferung zum Ausdrucke bringt; ihr Stillschweigen gilt als Einverständnis mit der nicht geänderten früheren Vertragsbestimmung.

4. BraunschwZ. **05** 86 (Braunschweig). Für die Frage, ob dem Käufer in Ansehung seiner Zahlungsverpflichtung aus einem zweiten Geschäft eine ihm bei dem ersten Geschäfte bewilligte sechsmonatige Frist zustehe, ist die Tatsache, daß beim ersten Geschäfte die längere Frist zu gestanden ist, für sich allein bedeutungslos. Ist aber eine allgemeine Zusicherung erteilt, daß es im Geschäfte des Verkäufers üblich sei, den Kunden sechs Monate Ziel zu geben, so gilt sie ohne weiteres auch für spätere Geschäfte (§§ 157, 133 BGB.), vorausgesetzt, daß der Käufer für sich die Bezeichnung als „Kunde" beanspruchen darf und nichts anderes ausgemacht ist. Stellt sich hiernach als Vertragsinhalt die Vereinbarung eines sechsmonatigen Zieles heraus, dann ist die abweichende Notiz „3 Monate Ziel" auf der nachfolgenden Faktura und das Schweigen des Käufers hierzu bedeutungslos.

III. Treu und Glauben. (Vgl. u. § 377 F.)

1. HansGZ. **05** Hptbl. 138 (Hamburg). Von der Regel, daß der Gläubiger Teilleistungen anzunehmen nicht verpflichtet ist (§ 266 BGB.), tritt nach den den Handelsverkehr beherrschenden Grundsätzen von Treu und Glauben dann eine Ausnahme ein, wenn wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles ein Interesse des Gläubigers an der Zurückweisung der Teilleistung nach der Verkehrsauffassung nicht anerkannt werden kann.

2. **RG.** II 21. 3. 05, HansGZ. **05** Hptbl. 152 (abändernd die JDR. 3 zu § 346 III 1 (80) mitgeteilte Entscheidung des OLG. Hamburg). Derjenige, für den jemand ohne Vertretungsmacht eine verpflichtende Erklärung abgegeben hat, muß sie nach den im Handelsverkehre herrschenden Grundsätzen über Treu und Glauben unverzüglich nach Kenntnis widerrufen, sonst gilt sie als stillschweigend genehmigt. — Diese Verpflichtung besteht aber nicht, wenn der Dritte wußte, daß dem Erklärenden die Vertretungsmacht fehlte.

3. SeuffA. **60** 345, HansGZ. **05** Hptbl. 100 (Hamburg). Der Regel nach ist der Käufer dem säumigen Verkäufer gegenüber nicht zum Abschluß eines Deckungskaufs verpflichtet. Beansprucht der Käufer aber einen infolge besonderer Verhältnisse erhöhten Schadensersatz und beschränkt er sich nicht auf die abstrakte Schadensberechnung (Differenz zwischen Vertrags- und Marktpreis), so kann eine Verpflichtung zum Deckungskauf unter Umständen doch begründet sein. Denn wenn bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns die Abschließung eines Deckungskaufs, der den Schaden ausgeschlossen oder gemindert hätte, möglich war, dann verstößt der geschädigte Käufer gegen Treu und Glauben und verletzt das Interesse des Verkäufers fahrlässig, wenn er von dieser Gelegenheit keinen Gebraucht macht; es liegt dann bei ihm ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB. vor. (Vgl. u. zu § 373 I 4.)

4. Über die Pflicht des Käufers Nachbesserung anzunehmen vgl. o. § 242 BGB. Ziff. 4 d α und § 462 BGB. Ziff. 4.

5. BadRpr. **05** 188 (Karlsruhe). Die Bestimmung der Zahlung mittels Wechsels enthält nur eine Stundung des Kaufpreises, ändert aber den Zahlungsort nicht.

§ 347. Literatur: H. Brückner, Die rechtliche Stellung u. Haftverbindlichkeit der kaufmännischen Auskunftsbureaus (Auskunfteien). Hannover, Helwing, 1903. — Brunswig, Die vertragsmäßige Haftung des Ratgebers, Goldschmidts Z. **56** 77—113 — Hoff-

mann, Der Scheck und das BGB., BankA. 4 130—135. — Eugen Sutro, Die kaufmännische Krediterkundigung. (Heft 2 von Bd. XXI von Schmollers Forschungen.) —

1. RG. BayRpflZ. 05 242. Der Lagerhalter verletzt die ihm obliegende Sorgfalt, wenn er einem Gelegenheitsarbeiter, den er auf seine Zuverlässigkeit noch nicht erprobt hatte, ohne weitere Aufsicht Zutritt zum Lager gestattete und ihm so fortgesetzte Diebstähle ermöglichte.

2. RG. I 31. 5. 05, JW. 05 502[35], Holdheims MSchr. 05 261, PucheltsZ. 05 634, DJZ. 05 861, R. 05 592. Der Bankier ist nicht verpflichtet, auch dann seinen sachverständigen Rat aufzudrängen oder die tatsächlichen Unterlagen seiner günstigen Beurteilung eines Wertpapiers mitzuteilen, wenn der Käufer dies gar nicht verlangt; er haftet jedoch bei Arglist. Bei dem Kaufe von Vorzugsaktien kann Arglist schon dann angenommen werden, „wenn der Bankier nach seiner Kenntnis der Verhältnisse gar nicht der Ansicht war, daß sich aus dem Unternehmen die statutenmäßige Dividende werde erzielen lassen".

3. Über die Streitfrage, ob auf Rat, Empfehlung, Auskunftserteilung dann, wenn sie den selbständigen Inhalt eines verpflichtenden Vertragsverhältnisses bilden, die Vorschriften über den Werkvertrag oder die über den Dienstvertrag anzuwenden sind, vgl. o. Ziff. 1 zu § 676 BGB.

4. RG. (Entsch. wie zu 2): Kommt Rat usw. nur in Verbindung mit einem Hauptgeschäft als eine von diesem mit umfaßte und bestimmte Nebenleistung in Frage — besonders häufig bei den Geschäften des Bankiers, — dann ist nach der ständigen Rechtsprechung des RG. davon auszugehen, daß es sich dabei um einen integrierenden Teil des als ein zusammenhängendes Ganzes zu betrachtenden Geschäfts handelt; die rechtliche Beurteilung des in diesem Zusammenhang erteilten Rates usw. muß also im Anschluß an das Hauptgeschäft und nach dessen Regeln erfolgen; davon, daß die Empfehlung des Verkäufers als ein von ihm herzustellendes Werk aufzufassen sei und demgemäß ein akzessorischer Werkvertrag vorläge, kann keine Rede sein. — Übereinstimmend Düringer-Hachenburg § 384 Anm. II (am Anfang, 353).

§ 354. Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite 103 f. Gegen Staub (Komm. z. HGB. Anm. 14 zu § 424) ist anzunehmen, daß der Bankier im Zweifel für die Verwahrung und Verwaltung von Depots eine Vergütung verlangen kann.

§§ 355—357. Literatur: Adolf Flender, Das Kontokorrentverhältnis des HGB. v. 10. 5. 97 (Diss.). — Heilbrunn, Die verhältnismäßige Aufrechnung bei ungültigen Börsentermingeschäften im Kontokorrent, Holdheims MSchr. 05 228 ff. — Carl G. Marioth, Der Einfluß des Kontokorrents auf die Verjährung der zu dem Kontokorrent gehörigen Ansprüche. (Diss.) — Müller-Gumperda, Der Kontokorrentvertrag ein Blankovertrag. (Diss.) Berlin 1905. ➾ Vgl. hierzu Roedenbeck, ZBlRWiss. 05 360. ⇜ — Regelsberger, Über den Einfluß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung, JheringsJ. 49 407—418 (vgl. dens. 46 1 ff., 31, 38). — Weißbart, Die verhältnismäßige Verrechnung der Schulden aus ungültigen Börsentermingeschäften im Kontokorrent, JW. 05 311—314.

1. *Müller a. a. O. unterscheidet zwischen „einfachem Kontokorrentvertrag" und dem Kontokorrentvertrag des HGB., den er „doppelten" Kontokorrentvertrag nennt (17 ff.). Letzterer ist „kein einheitlicher Vertrag, sondern eine eigentümliche Verbindung von zwei Verträgen (den sog. „einfachen" Kontokorrentverträgen), aus deren jedem je eine Forderung auf gewisse Leistungen und je eine Forderung auf Entgelt dafür entsteht" (17). — „Der einfache Kontokorrentvertrag ist ein Vertrag, in dem sich der eine Teil gegen Entgelt zu Leistungen gewisser Art verpflichtet, bei dem aber sogenannte Essentialien erst durch spätere freie Vereinbarungen bestimmt werden, ein Blankovertrag" (18). ➾ Wie dieser sog. „einfache" Kontokorrentvertrag sich von dem „uneigentlichen" der bisherigen

Theorie (laufenden Rechnung) unterscheiden soll, wird nicht gesagt (vgl. Müller 30, Schluß.) ←

2. RG. 18. 3. 05, **60** 292. Charakteristisch für das Kontokorrentverhältnis ist, daß in der Rechnung „die einzelnen Posten nicht als schuldbegründend oder schuldtilgend, sondern nur als Summanden der Debet- beziehungsweise Kreditseite aufgeführt" sind. (Vgl. JDR. **3** Ziff. 5 zu § 355.)

3. *Müller 25. Aus den einzelnen in das Kontokorrentverhältnis fallenden Geschäften entstehen keine „Ansprüche" auf Entgelt, sondern es ergeben sich daraus lediglich Rechnungsfaktoren für die Berechnung des Saldos. Diese haben nicht die rechtlichen Eigenschaften von Forderungen, sondern sie sind bloße Zahlen. — Aus der Natur der einzelnen Kontokorrentposten folgt, daß sie nicht abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden können und einer Verjährung nicht unterliegen; sie sind daher insbesondere auch nicht „verzinslich", sondern das, was das Gesetz als „Zins" bezeichnet, ist nur ein nach der Zinsrechnung zu berechnender, wegen der im Kontokorrentverkehr unvermeidlichen Kreditgewährung begründeter Preiszuschlag. — Die Saldoforderung wurzelt unmittelbar im Kontokorrentvertrage; sie ist die durch Aufrechnung schon bei Abschluß des Kontokorrentvertrags hergestellte Differenz der beiden den Kontokorrentisten aus dem Kontokorrentvertrage für die von ihnen während der Rechnungsperiode gemachten Leistungen erwachsenen Entgeltforderungen. Sie ist keine unter einem Sammelnamen zusammengefaßte Mehrzahl von Forderungen, sondern eine einheitliche Forderung (17). Ihre Anerkennung am Ende der Rechnungsperiode steht mit dem Kontokorrentvertrage in keinem Zusammenhange, sie hat keine novatorische Wirkung (11 ff.). — Während der Rechnungsperiode gemachte Zahlungen a conto werden nicht in ihrer Tilgungswirkung „suspendiert", sondern tilgen sofort. Sie werden jedoch, da die beiden Parteien zur Zeit der Zahlung, also vor Ablauf der Rechnungsperiode noch nicht wissen, ob und inwieweit die Entgeltforderung, auf die die Zahlung erfolgt, nach der bereits im Kontokorrentvertrage vorgenommenen Aufrechnung noch besteht, als Kreditposten des Zahlenden in der Rechnung aufgeführt. Bestand die Entgeltforderung nicht mehr in Höhe der geleisteten Zahlung, so ist der Empfänger nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet und zwar bestimmt sich die Strenge seiner Haftung nach BGB. § 820 (29). — Nach Ablauf der Rechnungsperiode kann nicht nur der Kontokorrentverkehr, sondern auch der Kontokorrentvertrag fortgesetzt werden. Letzteres geschieht rechtlich durch Verlängerung der Kontokorrentzwecke. Stimmen die, die eine Sicherheit bestellt haben, der Verlängerung des Vertrags nicht zu, so erlöschen die von ihnen bestellten Sicherheiten in dem Augenblicke, wo die gesicherte Entgeltforderung in der Höhe, wie sie sich am Ende der ursprünglichen Periode belaufen hat, durch die gegenüberstehende, während der Fortsetzung des Verhältnisses anwachsende Entgeltforderung zuzüglich der vom Saldoschuldner nach Ablauf der Periode gemachten Zahlungen erreicht wird (26, 27).

4. Wirkung der Saldofeststellung. *Regelsberger, JheringsJ. **46** 1 ff. Die Saldofeststellung (oder das Abrechnungsgeschäft) setzt sich aus einer Mehrheit von Rechtsgeschäften zusammen: aus Anerkenntnisverträgen und aus einer vertragsmäßigen Aufrechnung. Durch die Genehmigung der Abrechnung erkennt jede Partei die Summe der dem Gegner gutgeschriebenen Posten an (Anerkenntnis der Abschlußsummenforderung). Die Abschlußsummenforderungen bilden die Faktoren zur Aufrechnung. Durch die Herstellung der Abschlußsummenforderung wird dem Gläubiger die Möglichkeit abgeschnitten, eine der verrechneten Einzelforderungen geltend zu machen (novatorische Wirkung der Abschlußsummenforderung).

5. Insbesondere die „verhältnismäßige Aufrechnung (vgl. hierzu § 66 BörsG.). *Regelsberger, JheringsJ. **46** 1 ff. Durch die Aufrechnung werden die Abschlußsummenforderungen in den sich gleich kommenden Beträgen getilgt. Ergibt sich, wie meistens, zugunsten einer Partei ein Überschuß, so besteht insoweit die überschießende Abschlußsummenforderung fort (Saldoforderung). Auch diese Forderung wird durch die Genehmigung der Abrechnung vertragsmäßig anerkannt. — *Regelsberger, JheringsJ. **49** 407 ff. Der Saldoforderung kann mit Erfolg entgegengesetzt werden, daß die Abschlußsummenforderung des Saldogläubigers ganz oder teilweise aus Forderungen zusammengesetzt ist, die nach § 66 BörsG. der Wirksamkeit entbehren. Bilden die unwirksamen Forderungen nur einen Teil der verrechneten Posten, so beschränkt sich die Hinfälligkeit der Saldoforderung auf den Bruchteil, der sich aus dem Verhältnisse der unwirksamen zu den wirksamen Posten ergibt. — Mit dem Wegfall eines Teiles der Abrechnung verliert das ganze Abrechnungsgeschäft seine Verbindlichkeit gemäß § 139 BGB. Mindestens mindert sich die Unwirksamkeit der Saldoforderung um den Betrag der dem Saldoschuldner gutgerechneten, aber nach § 66 BörsG. unwirksamen Forderungen. — AA. Heilbrunn, Holdheims MSchr. **05** 232. Eine Saldofeststellung kann, wenn der Saldo unklagbare Termingeschäfte enthält, zwar nicht zur Konstituierung einer klagbaren Forderung in Höhe des rechnerischen Saldos führen, aber sie hat auch nicht eine teilweise (verhältnismäßige) Tilgung der klagbaren Forderungen des Gläubigers zur Folge, vielmehr ist die gesamte Saldofeststellung, Verrechnung wie Anerkenntnis, ungültig.

§ 356. 1. *Müller. Wenn das Gesetz annimmt, daß für die einzelnen Posten Sicherheiten oder Gesamtschuldnerschaften bestehen können, so ist dies ein Irrtum. Nur für die beiden Entgeltforderungen, nicht für die Rechnungsfaktoren können Sicherheiten bestellt werden. Die Sicherstellung kann jedoch anläßlich des Abschlusses eines Geschäfts auf den Betrag beschränkt werden, um den sich durch dieses Geschäft die Entgeltforderung rechnerisch erhöht. Da die Sicherheiten immer für die Entgeltforderungen, nicht für die aus den einzelnen Geschäften sich ergebenden bloßen Rechnungsfaktoren bestellt werden, kann der Saldogläubiger sich aus jeder Sicherheit insoweit befriedigen, als der sichergestellte Betrag der Entgeltforderung im Betrage des Saldos enthalten ist (25).

2. *Regelsberger, JheringsJ. **46** 38 (übereinstimmend mit Staub Anm. 4 zu § 356). Die Vorschrift enthält nicht eine Folge aus der rechtlichen Natur des Abrechnungsgeschäfts; sie gibt eine Sonderbestimmung für Abrechnungen im Sinne des § 355. — § 356 erstreckt sich nicht auf Sicherheiten, die vor dem Eintritte der versicherten Forderung in den Kontokorrentverband begründet wurden.

§ 357. *Müller. Der Kontokorrentvertrag, nicht notwendig der Kontokorrentverkehr endet mit der Pfändung und Überweisung der Saldoforderung. Die gleiche Wirkung hat die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Kontokorrentisten (26).

§ 362. Die Geschäftsverbindung mit einem Kaufmanne wird von Bernstein, BankA. **4** 166 als Rechtsverhältnis angesehen (vgl. auch BankA. **5** 153 ff.). Durch die Einverständniserklärung eines Kunden mit den Geschäftsbedingungen seines Bankiers komme deshalb ein selbständiger und — im Sinne des PrStempStG. — einheitlicher Geschäftsverbindungsvertrag zustande.

Apt, Deutsche WirtschaftsZtg. **1** 689. Über Lagerscheine und Lagerpfandscheine.

§ 363. Literatur: Otto Gierke, Die Wertpapiere, ÖstZBl. **23** 689—706. — Heilbrunn, Inhaberlagerscheine, HoldheimsMSchr. **05** 175 ff. — Weißbart, Die Indossabilität der Lagerscheine, GoldschmidtsZ. **57** 146—155.

1. **RG.** 28. 12. 04, **59** 374, BankA. **4** 106, HansGZ. **05** Hptbl. 71, PuceltsZ. **05** 634 (JDR. **3** zu § 424). Inhaber-Lagerscheine sind zulässig.

2. *Weißbart, GoldschmidtsZ. **57** 146—155. Anweisungen an Order auf einen Kaufmann über Leistung von Geld, Wertpapieren oder anderen vertretbaren Sachen, ohne daß darin die Leistung von einer Gegenleistung abhängig gemacht ist, ebenso Verpflichtungsscheine eines Kaufmanns über derartige Gegenstände können auch dann durch Indossament übertragen werden, wenn die Sachen nicht der Gattung nach bestimmt sind.

§ 366. **RG.** 20. 5. 04, **58** 162, BankA. **4** 28, BauersZ. **12** 117, DJZ. **04** 814, PucheltsZ. **05** 112 u. 423. Nimmt ein Kaufmann sog. „Mäntel" von Wertpapieren ohne die zugehörigen Zins- und Erneuerungsscheine zum Pfande und unterläßt er es dabei, die Veräußerungsbefugnis des Verpfänders zu prüfen, so handelt er grobfahrlässig.

§ 367. 1. Vgl. *Alfred Schultze o. zu §§ 932 ff. BGB.

2. *Weyl, Verschuldensbegriffe 212. Abs. 1 enthält einige Nuancen des Begriffs der Gut- bzw. Bösgläubigkeit. Vermischung von bona und publica fides.

§ 369. 1. OLG. **11** 409, SchlHolstAnz. **05** 185 (Kiel). Der Zweck des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts — wie der des bürgerlichen, vgl. § 273 BGB. — erschöpft sich in einer Sicherung der Forderung des Gläubigers; auch § 274 findet Anwendung: Der Gläubiger hat daher die zurückbehaltene Sache herauszugeben, wenn er für seine Forderung Befriedigung erhält.

2. OLG. Kiel III 22. 3. 05, SchlHolstAnz. **05** 185, OLG. **11** 409. Ausschlaggebend für das Entstehen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts ist nicht, wann es geltend gemacht wird, sondern wann es geltend gemacht werden konnte, d. h. der Zeitpunkt, wann seine Voraussetzungen vorliegen.

3. BadRpr. **05** 39 (Karlsruhe). Es kommt bei Geltendmachung des kaufmännischen Retentionsrechts nicht etwa eine Verurteilung zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung in Betracht. Vgl. Rehbein, BGB. II 91 u. 190, Staub II 1207 Anm. 1. Weiteres o. § 273 BGB. Ziff. 1c u. zu § 322 BGB.

4. Abs. 3. SchlHolstAnz. **05** 185 (Kiel). Durch den Agenturvertrag erhält der Agent die Anweisung, die ihm übersandten Waren zu veräußern, und übernimmt er diese Verpflichtung.

5. SchlHolstAnz. **05** 185, OLG. **11** 409 (Kiel). Auf den Ausdruck „ist ausgeschlossen" ist kein entscheidendes Gewicht zu legen. Das Zurückbehaltungsrecht besteht an sich, wenn seine Voraussetzungen vorliegen; es darf nur nicht geltend gemacht werden im Falle des § 369 Abs. 3, ausgenommen, wenn die Voraussetzungen des § 370 Abs. 2 vorliegen.

§ 370. Abs. 2. Vgl. zu § 369 Nr. 4.

§ 371. Abs. 2. 1. SchlHolstAnz. **05** 185, OLG. **11** 409 (Kiel). § 1223 BGB., der dem Pfandschuldner das Recht gibt, gegen Befriedigung des Pfandgläubigers die Herausgabe des Pfandes zu verlangen, findet auf das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, da hier die Befriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Vorschriften des BGB. erfolgt, gleichfalls Anwendung.

2. *Schlegelberger, Zurückbehaltungsrecht 234 (gegen Staub Anm. 8 zu § 371). Erfolgt eine Verurteilung im Versäumnisverfahren, so hat der Schuldner nach § 93 ZPO. die Kosten zu tragen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus dem Gesetz und bedarf keiner tatsächlichen Begründung in der Klage.

Zweiter Abschnitt. Handelskauf.

Vorbemerkung: In der Rechtsprechung macht sich eine mildere Auffassung von den Voraussetzungen gültigen Selbsthilfeverkaufs bemerkbar; insbesondere soll der Verkäufer in der Wahl des Zeitpunktes, an dem er den Selbsthülfeverkauf vornehmen will, freie Hand haben (s. § 373 I 4 c). Unter den zahlreichen Entscheidungen zu § 377 ist besonders die des RG. 22. 9. 05 über die Fassung der Mängelanzeige hervorzuheben. Auch die an § 381 Abs. 2 geknüpfte Streitfrage ist noch nicht zur Ruhe gekommen.

Literatur: W. Eichler, Sonderbestimmungen bei der Gewährleistung für Mängel der Kaufsache nach dem neuen HGB. (Diss.) 1903. — E. Franke, Begriff und Besonderheiten des Fixhandelskaufs. (Diss.) Leipzig 1904. — Lorenz Haase, Besitz und Eigentumserwerb im Falle der Versendung. Berlin 1905. — Walter Krüger, Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf. (Diss.) — F. Robinow, Auslegung des § 326 BGB., inwieweit er nach HGB. § 375 auf den Spezifikationskauf Anwendung findet. (Diss.) Leipzig 1902. — Ernst Walther Venus, Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Handelskäufers und Überblick über die Wirkungen dieses Verzugs. (Diss.)

§ 373. I. Allgemeines.

1. „Abnahme" (im Gegensatze zur „Annahme") vgl. o. Ziff. II 1 a zu § 433 BGB., Düringer-Hachenburg ad 2a zu § 373.

2. **RG.** ElsLothZ. **05** 535, R. **05** 317 (zu Art. 339 Abs. 4 AHGB.). Ein Patentrecht kann im Sinne des Art. 339 Abs. 4 weder als Ware angesehen, noch zum Zwecke der Probe übergeben werden.

3. Sukzessivlieferungen vgl. u. zu § 375c.

4. Deckungskauf. (Vgl. o. zu § 346 III 3).

a) Begriff. ElsLothZ. **05** 490 (Colmar). Ein Deckungskauf liegt nicht vor, wenn die Deckungsware nach Maß und Stückzahl von der Vertragsware vollständig abweicht.

b) Über die „abstrakte Schadensberechnung" vgl. o. zu § 346 III 3 und BGB. § 326 Ziff. 6.

c) Zeitpunkt. ElsLothZ. **05** 490 (Colmar). Der Käufer hat das Recht, selbst zu entscheiden, wenn er innerhalb der durch die Grundsätze von Treu und Glauben gebotenen Grenzen nicht mehr auf Erfüllung warten und einen Deckungskauf vornehmen will; ein Bedürfnis hat er nicht nachzuweisen. Ebenso bezüglich des Zeitpunkts des Selbsthilfeverkaufs: **RG.** 28. 4. 05, ElsLothZ. **05** 531, Holdheims MSchr. **05** 218, R. **05** 534.

5. OLG. **10** 340 (Hamburg). Der Verkäufer, der vertragsgemäß die zu liefernde Ware vom Schiffe in Eisenbahnwagen zu entladen hat, ist damit noch nicht zur reglementsmäßigen, den Frachtbedingungen der Eisenbahn entsprechenden, Beladung verpflichtet.

6. Über die Klausel fob vgl. o. § 346 I C 3.

II. Selbsthilfeverkauf (vgl. a. zu § 383 BGB.).

1. Bedeutung (vgl. oben unter „abstrakte Schadensberechnung").

RG. 22. 9. 05, JW. **05** 640[7], DJZ. **05** 1062. Der in den Formen der öffentlichen Versteigerung vorzunehmende Selbsthilfeverkauf ist nicht mehr, wie nach Art. 345 AHGB., Bedingung für den Schadensersatzanspruch des Verkäufers gegen den säumigen Käufer, sondern nur ein Mittel zur Feststellung der Höhe des Schadens. Der Verkäufer kann den Schaden in jeder anderen Weise berechnen und nachweisen und kann sich dazu auch des freihändigen Verkaufs bedienen; dieser geht dann zwar nicht als solcher für Rechnung des säumigen Käufers (vgl. Denkschr. 219); er kann aber der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden, sofern der Verkäufer dabei mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verfahren ist (§ 347 Abs. 1 HGB.), insbesondere nicht gegen Treu und Glauben verstoßen und das Interesse auch des säumigen Käufers nicht außer Augen gelassen hat. Ebenso **RG.** 4. 4. 05, JW. **05** 338[6], GruchotsBeitr. **49** 897, R. **05** 500 u. **RG.** 28. 4. 05, ElsLothZ. **30** 531, Holdheims MSchr. **05** 218, R. **05** 534.

2. Erfordernisse.

α. Im allgemeinen. **a)** **RG.** Holdheims MSchr. **05** 85, JW. **04** 560[26], ElsLothZ. **05** 91, PucheltsZ. **05** 113 u. 424, SächsA. **14** 698. Der Selbsthilfe-

verkauf gilt ohne Rücksicht auf sein Ergebnis stets dann nicht als für Rechnung des säumigen Käufers erfolgt, wenn dabei gegen die besonderen Bestimmungen des § 373 Abs. 2 irgendwie verstoßen ist, denn diese sind speziell zum Schutze des dabei interessierten säumigen Käufers erlassen. Anders verhält es sich mit den nicht speziell für den Selbsthilfeverkauf erlassenen und lediglich den Inhalt des Kaufvertrags betreffenden allgemeinen Bestimmungen des § 459 BGB. und des § 360 HGB. Da gesetzliche Vorschriften über die dem Selbsthilfeverkaufe zugrunde zu legenden Vertragsbedingungen nicht bestehen, ist der Selbsthilfeverkauf nicht unter allen Umständen unzulässig und unwirksam, wenn er unter anderen als den für das ursprüngliche Kaufgeschäft vereinbarten oder (mangels Vertragsabrede) als den gesetzlichen Bedingungen abgeschlossen wird, sofern diese nur als geschäftsüblich oder den gegebenen Verhältnissen entsprechend zu erachten sind und dadurch das Interesse des säumigen Käufers nicht in einer durch die Umstände nicht gerechtfertigten Weise verletzt wird. Bei Ausschluß jeder Gewährleistung seitens des Selbsthilfeverkäufers wird in der Regel ohne weiteres die Annahme begründet sein, daß durch diese Vertragsbedingung das Interesse des säumigen Käufers verletzt werde. — **b)** **RG.** II 21. 2. 05, ElsLothZ. **05** 521, R. **05** 622. Anerkannten Rechtens ist, daß der Selbsthilfeverkauf nicht immer genau unter den Bedingungen des ursprünglichen Kaufes vorgenommen werden muß. Der Verkäufer ist nur gehalten, genügende Vorsorge zu treffen, daß der nach den Umständen höchstmögliche Preis erzielt und das Interesse des in Annahmeverzug befindlichen Vertragsgegners nicht offensichtlich verletzt wird. — **c)** OLG. **11** 29 (Marienw.). Nach den Verkaufsbedingungen waren 5 Waggons „gesundes, trockenes Haferstroh" zu liefern; zur Zeit der Versteigerung waren 4 bereits gefüllt, während der 5. gerade beladen wurde. Der Selbsthilfeverkauf erfolgte „in gegenwärtiger Beschaffenheit", also unter Ausschluß jeder Garantie. Dies ist, obwohl die Ware vertraglich war, als eine unzulässige erschwerende Bedingung anzusehen, da die Kauflustigen bei den 4 beladenen Waggons höchstens das am äußeren Rande befindliche Stroh untersuchen konnten, während für das im Innern befindliche ihnen beim Ausschlusse der Garantie jede Sicherheit fehlte. — **d)** Beim Gattungskauf kann der Verkäufer, auch wenn er die Aussonderung bereits vorgenommen hat, an Stelle der ausgesonderten eine andere Quantität von gleicher vertragsmäßiger Beschaffenheit verkaufen. Düringer-Hachenburg § 373 Note VId (Lehmann-Ring § 373 Nr. 28). — AA. Makower 1084.

β. Insbesondere. 1. Ort. **RG.** II 27. 6. 05, JW. **05** 538, Holdheims MSchr. **05** 286, R. **05** 568. Regelmäßig ist die Ware dort zu verkaufen, wo sie sich zur Zeit der Annahmeverweigerung befindet. Eine Ausnahme von dieser Regel ist dann gerechtfertigt, „wenn der Verkäufer einen anderen Verkaufsort nicht rein willkürlich, sondern in gutem Glauben gewählt hat, weil er als ordentlicher Kaufmann den Interessen des säumigen Käufers Rechnung tragend nach Würdigung der Umstände des Falles den gewählten Verkaufsort mit Rücksicht auf die Gleichheit der Marktverhältnisse und seine nicht große Entfernung von dem regelmäßigen Verkaufsort als gleich geeignet wie den letzteren angesehen hat und ansehen durfte". Die zwar auch in Rechtslehre und Rechtsprechung vertretene Auffassung, daß der Selbsthilfeverkauf an einem anderen Orte nur dann stattfinden dürfe, wenn dieser geeigneter sei als der regelmäßige Verkaufsort, ist unhaltbar: sie würde zu einer mit den Bedürfnissen des Handelsverkehrs in Widerspruch stehenden Beschränkung des Selbsthilfeverkaufs führen und sie ist durch das Gesetz auch nicht geboten, da § 373 (im Gegensatze zu § 383 BGB.) eine Bestimmung über den Ort des Selbsthilfeverkaufs nicht enthält. — Vgl. Düringer-Hachenburg III 227 e.

2. Zeit. Vgl. o. unter Deckungskauf I 4 c. Bei Fixgeschäften verlangt Düringer-Hachenburg III 217 (aE.) sofortige Vornahme des Selbsthülfeverkaufs.

3. Organe. RG. 27. 6. 05, Holdheims MSchr. **05** 286. Der Selbsthilfeverkauf im Sinne des § 373 kann nur durch Handelsmäkler oder zu Versteigerungen befugte Beamte erfolgen, nicht durch die Eisenbahnverwaltung. Vgl. JDR. **2** § 373 zu V.

§ 374. 1. RG. II 22. 9. 05, JW. **05** 640, DJZ. **05** 1062. § 374 verweist nur auf § 304 BGB., nicht auf § 324 BGB., § 304 BGB. gewährt einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Falle des Gläubigerverzugs nicht; es kann daher aus §§ 373, 374 HGB. nicht hergeleitet werden, daß der Verkäufer schon im Falle des Verzugs des Käufers mit der Annahme der Ware Schadensersatz gemäß § 326 BGB. zu fordern berechtigt sei.

2. Wandelung. Vgl. über ihre etwaige Abwendung durch den Verkäufer o. zu § 346 III 4.

§ 375. **a)** OLG. **11** 410, R. **05** 317 (Breslau). Zu den im § 375 dem Verkäufer ausdrücklich gewährten Rechten gehört der Klaganspruch auf Vornahme der Spezifikation unzweifelhaft nicht. In der Spezifikationspflicht liegt aber der Kern und die wirtschaftliche Grundlage des ganzen Geschäfts. Den Mißständen, die sich aus dem Fehlen einer diese Pflicht festlegenden gesetzlichen Bestimmung ergaben, hat § 375 abhelfen sollen, aber aus dem Umstande, daß er dem Verkäufer bestimmte Wege gewährt, folgt nicht, daß er den natürlichsten und nächstliegenden hat ausschließen wollen. Wenn auch die im § 375 getroffene Regelung den Verkäufer leichter und schneller zum Ziele führt, so ist doch nicht abzusehen, warum ihm — falls es ihm aus nicht nachzuprüfenden Gründen geeignet erscheint — das zunächst liegende Recht auf Vornahme der Spezifikation durch den Käufer verschlossen sein sollte; seine Versagung würde einer klaren Bestimmung bedurft haben. Ebenso Staub § 375 Anm. 5, Lehmann-Ring Nr. 9, Düringer-Hachenburg Note II 2 zu § 375 (233), Dernburg, BürgR. II § 45. — **b)** R. **05** 317 (Stuttgart). Die Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung hat der Verkäufer dem Käufer auch dann zu setzen, wenn dieser sich weigert, den Vertrag zu erfüllen. — **c)** Spezifikation bei Sukzessivlieferungen. —| RG. II 18. 10. 04, BauersZ. **12** 166, PuceltsZ. **05** 424, ElsLothZ. **05** 97. Bei einem für eine bestimmte Zeitdauer abgeschlossenen Lieferungsgeschäft kann im allgemeinen nicht schon nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verlangt werden, daß der Abruf der zu liefernden Waren gleichmäßig auf die ganze Lieferungszeit verteilt werde. Zwar hat bei einem Spezifikationskauf jede Partei bei Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten nach Treu und Glauben auf die Interessen der anderen Partei Rücksicht zu nehmen. (Vgl. RG. **37** 26, **30** 103.) Es liegt aber eine Verletzung der dem Käufer hinsichtlich der Spezifikation obliegenden Verpflichtung jedenfalls dann nicht vor, wenn dieser von dem Interesse des Verkäufers an einer frühzeitigen Spezifikation nicht rechtzeitig Kenntnis erhalten hat. — **d)** § 375 findet auf Specieskäufe keine Anwendung. Düringer-Hachenburg Note II 1 c zu § 375 (232). — AA. Lehmann-Ring § 375 Nr. 3.

§ 376. 1. BraunschwZ. **05** 92 (Braunschweig). Ein Fixgeschäft liegt dann vor, wenn die Erfüllungszeit nach der entweder ausdrücklich und unzweideutig ausgesprochenen oder aus den Umständen zweifellos folgenden Absicht der Parteien ein derart wesentlicher Bestandteil des Geschäfts ist, daß mit ihrer Innehaltung und Verabsäumung das Geschäft stehen und fallen, eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen, auf Annahme späterer Lieferung nicht mehr gerechnet werden soll.

2. BraunschwZ. **05** 92 (Braunschweig). Für Fixgeschäft spricht die Natur der Sache, wenn es sich um „Saisonwaren“ handelt, d. h. solche Waren, die für eine bestimmte Saison bestellt werden und mit Nutzen nur in der betreffenden Saison verkäuflich zu sein pflegen.

3. BraunschwZ. **05** 93 (Braunschweig). Für Fixgeschäft spricht der Gebrauch der Worte „fix“, „genau“, „präzise“ oder die Beifügung der Verfallsklausel.

4. BraunschwZ. **05** 92 (Braunschweig) (zu Art. 357 AHGB.). Das Wort „prompt“ deutet nur dann auf ein Fixgeschäft, wenn es einer bestimmten Lieferfrist hinzugefügt wird.

5. OLG. Braunschweig 28. 2. 01 u. 9. 10. 02, BraunschwZ. **05** 92. Die Verabredung einer Lieferzeit bedeutet in der Regel nur Setzung einer Zeitgrenze, innerhalb welcher der Käufer die Lieferung gewärtigen und der Verkäufer zur Vermeidung der Verzugsfolgen sie ausführen muß. Selbstverständlich rechnen unter gewöhnlichen Verhältnissen beide Teile darauf, daß der Vertrag innerhalb der vereinbarten Lieferfrist erfüllt werde; damit verbinden sie aber nicht den Sinn: die Innehaltung dieser Frist bilde einen so wesentlichen Bestandteil der vom Verkäufer übernommenen Leistung, daß die Abnahmepflicht des Käufers mit ihrem Ablauf aufhören solle.

6. BraunschwZ. **05** 80, 93 (Braunschw.). Gegen die Annahme eines Fixgeschäfts spricht schon, wenn in den Vertrag die sog. Streikklausel aufgenommen ist.

7. BraunschwZ. **05** 93 (Braunschweig). Bei Nicht-Fixgeschäften muß der Käufer, wenn er wegen Nichteinhaltung der Lieferfrist seitens des Verkäufers vom Vertrage zurücktreten will, ihm gemäß § 326 Abs. 1 BGB. eine Nachfrist setzen, es sei denn, daß vertragsmäßig auf Setzung einer Nachfrist verzichtet war.

§ 377. Literatur: Max Roscher, Die Mängelanzeige nach § 377 HGB. (Diss.) Leipzig 1902.

A. Allgemeines.

1. Zweck. **a)** PfälzRpr. **2** 28 (Zweibrücken). Der Zwang zur unverzüglichen Untersuchung und Mängelanzeige ist im Interesse der Sicherheit des klare Verhältnisse erheischenden Handelsverkehrs und im besonderen Interesse des Verkäufers begründet, der möglichst rasch darüber Gewißheit erlangen soll, ob das Geschäft in Ordnung ist.

b) BadRpr. **05** 73 (Karlsruhe). Der Zweck der Mängelanzeige wird durch die Benachrichtigung des Verkäufers, daß die Ware überhaupt beanstandet werde, nicht erschöpft; sie soll vielmehr weiter ihm ermöglichen, sich über sein Verhalten gegenüber der Beanstandung schlüssig zu machen, insbesondere zu untersuchen, ob die Rüge begründet ist; hierzu muß ihm aber bekannt sein, worin der Käufer den angeblichen Fehler erblickt.

2. Geltungsbereich. OLG. **10** 341, HansGZ. **05** Hptbl. 285, SeuffA. **60** 194 (Hamburg). Auch bei einseitigen Handelskäufen kann als Vertragspflicht dem Käufer nach den Grundsätzen von Treu und Glauben die Pflicht zur rechtzeitigen Mängelrüge obliegen und bei verspäteter Mängelanzeige die Ware als genehmigt gelten. Vgl. hierzu Düringer-Hachenburg § 375 Note X Abs. 2 (297).

3. **RG.** III 10. 1. 05 (zu Art. 347 AHGB.), JW. **05** 158, BraunschwZ. **05** 91, PucheltsZ. **05** 635, R. **05** 138. Untersuchung und Mängelrüge sind nicht erforderlich, wenn der Käufer schon vor der Ablieferung erklärt hat, er lehne die Annahme der Ware ab. Vgl. IDR. **3** § 377 Ziff. II 2.

4. PfälzRpr. **2** 28 (Zweibrücken). Vertragsmäßig kann sowohl die Untersuchung an einen anderen Ort verlegt, als die Frist hierfür und für die Rüge

verlängert werden; dies kann auch stillschweigend vereinbart werden. Bei Auslegung des Parteiwillens ist aber zu beachten, daß es sich hier um eine in die Rechte des Verkäufers einschneidende Ausnahme von der gesetzlichen Regel handelt.

5. SchlHolstAnz. 05 308 (Kiel). Im Handel mit englischer Kohle ist folgende Zechenbedingung üblich:

> „shipment to be made in the usual way, and colliery certificate to be accepted by buyers as absolute and conclusive proof of weight and quality, they having the right of inspecting cargo during shipment." ➵ Die Verladung erfolgt auf dem üblichen Wege, die Annahme der Kohlengruben-Zertifikate seitens der Käufer erbringt absoluten und entscheidenden Beweis für richtiges Gewicht und richtige Beschaffenheit der Ware; die Käufer haben das Recht, die Ware während der Einladung ins Schiff zu besichtigen. ⇜

Diese Klausel beschränkt mit klaren und unzweideutigen Worten das Recht der Untersuchung und Mängelanzeige auf die Zeit der Verladung der Kohlen ins Schiff; solange kann die Abnahme der Ware oder die Annahme der Zertifikate, deren Angaben nicht mit der Beschaffenheit der Ware stimmen, verweigert werden. Ist aber die Ware an Bord und das Zertifikat vom Käufer angenommen, dann ist jede Reklamation, außer der wegen Arglist, ausgeschlossen. — Üblich ist die Kontrolle der Kohlen während der Einladung nicht, da man sich im Vertrauen auf die Rechtlichkeit der englischen Zechenverwaltungen mit dem Inhalte der Zertifikate begnügt.

6. Ablieferung. — **a)** **RG.** ElsLothZ. **05** 523. Ablieferung ist derjenige Akt, durch den der Verkäufer den Käufer in die Lage versetzt, über die Ware tatsächlich zu verfügen und deren Beschaffenheit zu prüfen. Von einer Ablieferung kann keine Rede sein, wenn der Verkäufer die Ware dem an einem anderen Orte wohnenden Käufer bloß brieflich zur Verfügung stellt, aber nach wie vor im eigenen Gewahrsam behält. — **b)** SchlHolstAnz. **05** 293 (Kiel). Ablieferung ist nicht mit der Übergabe, die schon durch Aushändigung des Konossements erfolgen kann, gleichzustellen; sie ist vielmehr diejenige Handlung des Verkäufers, durch die er sich am vertragsmäßigen Reiseziel des Gewahrsams an der Sache entäußert und durch die der Käufer dem Vertrage entsprechend die Möglichkeit erlangt, sich ohne weiteres durch einseitigen Akt den Gewahrsam an der Ware zu verschaffen, sie zu untersuchen und darüber tatsächlich zu verfügen. Ebenso BraunschwZ. **05** 89 (Braunschweig). — **c)** OLG. **11** 411, R. **05** 138 (Jena). Die Auffassung, die Ablieferung sei erst mit der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes beendet, entspricht zwar einer mehrfach vertretenen Rechtsanschauung, widerspricht aber der Rechtsprechung des RG. (Gruchots Beitr. **43** 763) und den aus den Prot. zum BGB. I 702 zu entnehmenden Momenten; sie würde auch eine für den Handelsverkehr gefährliche, den Grundsätzen von Treu und Glauben zuwiderlaufende Hinausschiebung der Untersuchungspflicht ermöglichen. Die Ablieferung ist vollendet, sobald die Bahnanzeige vom Eintreffen der Ware am Bestimmungsorte beim Käufer eingegangen ist, denn dann hat er die Möglichkeit, die Ware abzuladen und sie zu untersuchen. Aus der vereinbarten unmittelbaren Sendung der Ware nach dem Wohnorte des dritten Abnehmers folgt höchstens eine zugunsten des Käufers getroffene Änderung des Untersuchungsorts, nicht der Anzeigefrist. Daß die Anzeigefrist erst mit dem Zeitpunkte beginnen sollte, in dem ein dritter Abnehmer die Möglichkeit haben werde, die Ware abzuladen, kann aus solcher Vereinbarung insbesondere dann nicht geschlossen werden, wenn jener nicht benannt worden ist und der Käufer in der Lage gewesen wäre, die Untersuchung durch Vermittelung eines der Bahnverwaltung namhaft zu machenden Bevollmächtigten alsbald vornehmen zu lassen.

B. Untersuchung.

I. Umfang. **a)** RG. II 1. 11. 04, **59** 120, HansGZ. **05** Hptbl. 45 (auszugsweise JW. **05** 30[44]). Als „Mangel der Ware" gilt alles, was die Brauchbarkeit der Ware überhaupt oder zu bestimmten Zwecken, ihre Verkäuflichkeit als solche oder in bestimmten Kundenkreisen mindert oder aufhebt; insbesondere wird der Begriff der „zugesicherten Eigenschaft" über die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften hinaus auch auf solche tatsächlichen Verhältnisse erstreckt, die zufolge ihrer Beschaffenheit und Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Brauchbarkeit oder Wertschätzung der Sache zu üben pflegen. — **b)** RG. JW. **05** 30[44], HansGZ. **05** Hptbl. 45, R. **05** 622. Die Verpackung zu untersuchen und zu rügen, ist der Käufer nicht schon deshalb verpflichtet, weil er sie mitgekauft hat; diente sie aber nicht bloß zur Versendung, vielmehr zur Konservierung der Ware im tropischen Klima während und nach der Versendung, „so kann die zugesicherte Art des Konservierungsmittels dem Begriffe der zugesicherten Eigenschaft unterstellt werden und begründet daher sein Fehlen einen Mangel der Ware im Sinne des § 377 mit der daran geknüpften Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers". — **c)** BraunschwZ. **05** 90 (Braunschw.). Nach dem ordentlichen Geschäftsgange bestimmt sich nicht nur die Frist, sondern auch die Art und Weise, wie die Untersuchung vorzunehmen ist, damit sie als gehörig gelten kann. Erfordert die ordnungsmäßige Sachuntersuchung eine genaue Sachkunde, wie sie nur durch besondere Fachkenntnis gewonnen werden kann, so muß der Käufer, dem die Sachkunde fehlt, einen Sachverständigen zuziehen, es sei denn, daß auch bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange eine derartige Untersuchung in dem betreffenden Geschäftszweige überhaupt nicht oder doch bei Waren der betreffenden Art nicht üblich ist. — **d)** DJZ. **05** 869 (Karlsruhe). Bei der Prüfung der Frage, was der ordnungsmäßige Geschäftsgang erfordert, können die in dem betreffenden Handelszweige herrschenden Handelsgebräuche berücksichtigt werden. — „Entscheidend ist, ob der Handelsgebrauch am Erfüllungsort des Käufers, also an seinem Wohnorte besteht", dagegen unerheblich, ob er auch an dem Wohnorte des Verkäufers besteht oder ob er ihm überhaupt bekannt war. — Im Handel mit Rohware in Federn und Daunen besteht der Handelsgebrauch, sie unbearbeitet liegen zu lassen bis zum Weiterverkauf oder Versand, weil eine Nachdämpfung mit weiterer Gewichtsabnahme verbunden wäre; der Käufer darf deshalb sich auf eine äußerliche Untersuchung der Probemäßigkeit beschränken, die nähere (maschinelle) aber bis zum Weiterverkauf aufschieben, sofern die Untersuchung dadurch nicht ungebührlich verzögert und die Mängelanzeige noch in der Verjährungsfrist von 6 Monaten seit der Ablieferung der Ware (§ 477 BGB.) erstattet wird. — **e)** ElsLothZ. **05** 469 (Colmar). Die Prüfung von Stichproben kann besonders dann genügen, wenn nach den Umständen gleiche Beschaffenheit der Ware bestimmt zu vermuten ist. Dies trifft bei einem Kaufe von 28 Faß Trauben, deren Herkunft aus dem gleichen Weinberge nicht einmal wahrscheinlich war, nicht zu. Vgl. JDR. **3** § 377 III 7. 8. (92). — **f)** OLG. **11** 412 (Karlsruhe). „Ausfallmuster" (vgl. JDR. **3** § 377 IV c 4 (94)) sind Exemplare einer Ware, die zu dem Zwecke übersandt werden, daß sie als Repräsentanten der ganzen Ware dienen und demgemäß vom Käufer an Stelle der ganzen Ware untersucht werden sollen. Ausfallmuster werden gesandt bei Waren, die in größerer Menge auf mechanischem Wege durch Vervielfältigung nach einem einheitlichen Muster, einer Platte, einem Druck usw. hergestellt werden, von der also alle einzelnen Exemplare miteinander völlig übereinstimmen. Das bei Versäumung der Rügefrist eintretende Präjudiz der Genehmigung trifft in den Ausfallmustern die ganze Ware, mag sie schon hergestellt sein oder nicht. (Staub,

Note 30 zu § 377, Düringer-Hachenburg III 279—282, OLG. 9 273, HansGZ. **03** Hptbl. 92, **04** 196.) — Hiervon sind nach Düringer-Hachenburg (282) zu unterscheiden „Ausfallmuster im weiteren Sinne", die übersandt werden, um den Käufer — insbesondere bei Waren, deren Güte von dem Ausfall einer Ernte abhängt oder deren Fabrikation neu ist — zu orientieren, oft auch um die Unterlage für die Fixierung des Preises zu geben. Solche Ausfallmuster sind kein „vorausgesandter Teil der Lieferung" und fallen nicht unter § 377.

II. Frist. 1. PuchaltsZ. **05** 462 (Köln). „Unverzüglich" im Sinne des § 377 bedeutet — wie schon der Zusatz „soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist" beweist — nicht etwa, daß der Empfänger der Ware alles andere stehen und liegen lassen muß. — Deshalb hat das Gericht bei einer frühestens am Sonnabend nachmittag in den Besitz des Empfängers gelangten Sendung von Glaswaren verschiedener Sorten (die mit Vorsicht und vollständig ausgepackt werden mußten) die am nächsten Freitag erstattete Mängelrüge noch als rechtzeitig angesehen.

2. OLG. **11** 412 (Karlsruhe). Auch wenn die Zuziehung eines Sachverständigen an sich gerechtfertigt ist, hat der Käufer dafür zu sorgen, daß dadurch die Untersuchung nicht über Gebühr verzögert wird. Vgl. das JDR. **3** IIIa 5 zu § 377 mitgeteilte Urteil des RG., welches das erste Urteil des OLG. Karlsruhe aufgehoben hatte.

3. HansGZ. **05** Hptbl. 224, BauersZ. **13** 22 (Hamburg). Der Aufdruck auf der Faktura: „Reklamationen können nur acht Tage nach dem Empfange der Faktura berücksichtigt werden" gereicht zwar dem Käufer nicht zum Nachteile, da sie als einseitige Erklärung die gesetzliche Frist des § 377 nicht beschränken kann, sie bindet aber den Verkäufer; sie enthält die Zusage, daß Reklamationen, die binnen acht Tagen eingehen, berücksichtigt werden sollen; dies muß auch dann gelten, wenn die gesetzliche Rügefrist bereits abgelaufen sein sollte. Gegenüber Käufern, die im Vertrauen auf diese Klausel die Prüfung nicht unverzüglich vornehmen, kann sich der Verkäufer, ohne gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zu verstoßen, nicht auf den Ablauf der gesetzlichen Frist berufen.

4. OLG. **11** 412, HansGZ. **05** Hptbl. 155 (Hamburg). Ist die Ware nicht am Bestimmungsort untersucht, sondern vom Käufer gleich an einen neuen Bestimmungsort weitergesandt und dort erst untersucht worden, dann muß der Verkäufer, wenn an beiden Orten eine „Ablieferung" erfolgte, so gestellt werden, als wenn die Untersuchung schon am vertraglichen Bestimmungsorte stattgefunden hätte.

5. OLG. Hamburg, HansGZ. **05** Hptbl. 177 (Hamburg). Unrichtig ist die Auffassung, daß durchweg an allen überseeischen Plätzen der ordnungsmäßige Geschäftsgebrauch es mit sich bringt, daß die Untersuchung der eingetroffenen Ware und demzufolge die Mängelanzeige erst nach Ablauf eines wesentlich längeren Zeitraums möglich sei, als in Europa.

6. HansGZ. **05** Hptbl. 105 (Hamburg). Bei Beantwortung der Frage, ob an dem überseeischen Platze die Untersuchung und Absendung der Mängelrüge unverzüglich, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich war, erfolgt ist, muß auf die Verhältnisse und Gewohnheiten jenes Platzes Rücksicht genommen werden.

III. Ort.

1. **RG.** II 24. 2. 05, ElsLothZ. **05** 523. Der Handelsgebrauch, einen Kauf nach auswärtigen „Konditionen" abzuschließen, der an sich die Möglichkeit einer Untersuchung der gekauften Ware an dem auswärtigen Orte voraussetzt,

kann dann nicht Platz greifen, wenn es an dieser Möglichkeit fehlt, und es kann daher trotz der bestimmten auswärtigen „Konditionen" nicht angenommen werden, daß die Vertragschließenden die an dem Konditionsort unmögliche Untersuchung der Ware gleichwohl an diesem Orte gewollt haben.

2. PfälzRpr. 2 28 (Zweibrücken). Gleichgültig ist, ob der Käufer am Ablieferungsort eine Geschäftsniederlassung hat; hat er die Ware an einen von seinem Geschäftssitz verschiedenen Bestimmungsort versenden lassen, dann hat er Vorkehrungen zu treffen, daß bei Ablieferung der Ware die Untersuchung und etwaige Mängelanzeige — sei es durch ihn persönlich, sei es durch einen hierzu bevollmächtigten Dritten — unverzüglich bewirkt wird. Etwa hiermit verknüpfte Unzuträglichkeiten und Kosten entbinden den Käufer von dieser gesetzlichen Pflicht nicht.

3. HansGZ. **05** Hauptbl. 105 (Hamburg): Aus der Art der Abwicklung des Geschäfts, insbesondere dann, wenn die Ware über See bestimmt ist, vom Verkäufer unmittelbar an den Seedampfer geliefert und dem Käufer nur das Dampferreceipt übersandt wird, ist das stillschweigende Einverständnis der Parteien zu folgern darüber, daß die Ware erst drüben untersucht werden soll, eine Untersuchung auf dem Dampfer ist ganz ungewöhnlich und meist auch unausführbar.

4. **RG. 59** 124, HansGZ. **05** Hptbl. 45. Ist die Untersuchung der seemäßig verpackten Ware in Hamburg nicht wohl tunlich, so ist zugunsten des Käufers (Exporteurs) anzunehmen, daß die Parteien stillschweigend über die Untersuchung erst nach Ankunft der Sendung am überseeischen Bestimmungsorte einverstanden waren. Ist am Bestimmungsorte die Ware, sobald sie aus ihrer Verpackung herausgenommen wird, infolge der tropischen Hitze dem alsbaldigen Verderb ausgesetzt, so kann die Untersuchung auf Stichproben beschränkt werden, keinesfalls darf sie aber überhaupt so lange verschoben werden, bis die Ware tatsächlich weiter verwertet wird. — Vgl. oben B I e.

5. OLG. Kiel II 16. 5. 05, SchlHolstAnz. **05** 308. Im Überseehandel (Import von Kohlen aus England) ist es für die Untersuchung unerheblich, ob die Verschiffung auf einem vom Verkäufer oder vom Käufer gecharterten Dampfer erfolgt: im ordnungsmäßigen Geschäftsgange können die Waren (Kohlen) doch erst untersucht werden, wenn sie am Bestimmungsort angekommen sind.

6. PfälzRpr. 2 28, R. **05** 346 (Zweibrücken). Eine stillschweigende Vereinbarung der Verlegung des Untersuchungsorts ist anzunehmen, wenn der Verkäufer bei Verkauf wußte oder voraussetzen mußte, daß die Ware zur Weiterversendung bestimmt ist und hierdurch dem Käufer die Untersuchung der Ware, etwa wegen Verletzung der Originalverpackung oder wegen schleuniger Weiterbeförderung, unmöglich wird. „Voraussetzung ist dabei, daß der Käufer nicht nur diesen seinen Willen unzweideutig zum Ausdrucke bringt, sondern daß er dem Verkäufer auch diejenigen tatsächlichen Grundlagen an die Hand gibt, die ihn in den Stand setzen, die Folgen seiner Einwilligung zu überblicken"; wichtig ist für den Verkäufer insbesondere zu wissen, ob die Waren vom Käufer an einen einzigen Abnehmer oder an eine Reihe von Kunden abgegeben wird, ob diese sie nicht selbst wieder zur sofortigen Weiterveräußerung bestimmt hatten, ob die Waren im Inlande bleiben oder ins Ausland, zumal über See, befördert werden sollen. „Es wäre vom Standpunkte kaufmännischen Betriebs undenkbar, daß der Verkäufer auf die Gefahr der Zerstreuung seiner Ware in verschiedene Länder, sogar über See, mit der Verlegung der Untersuchung an den Wohnsitz des letzten Abnehmers und mit der möglicherweise übermäßig weiten Erstreckung der Anzeigefrist einverstanden gewesen ist. — Vgl. Staub § 377 Anm. 30, Düringer-Hachenburg III, 275 bb.

C. Mängelanzeige.

I. Inhalt. 1. § 377 HGB. verlangt im Interesse der Verkehrssicherheit Präzisierung der Mängelrüge. RG. II 22. 9. 05, JW. 05 646, R. 05 623, hat die — JDR. 3 Ziff. IVb 3 zu § 377 mitgeteilte — Rechtsauffassung des OLG. Hamburg, daß eine genaue Bezeichnung des Mangels nicht erforderlich sei, verworfen; es führt aus: „Die Mängelrüge muß, wenn sie auch nicht in alle Einzelheiten einzugehen braucht, doch die Ausstellungen des Käufers so genau enthalten, daß der Verkäufer zu erkennen vermag, welche Mängel gemeint sind; denn die Vorschrift des § 377 HGB. dient der Sicherheit des Handelsverkehrs und will den Verkäufer vor Nachschieben nicht präzisierter Mängel anderer Art als der gerügten schützen. Dem Verkäufer muß der Grund der Abweichung der Ware von der Probe erkennbar gemacht werden.“ Im Samenhandel ist allerdings nach Hamburger Brauch die Rüge, „daß die Ware gegen die Probe abfalle,“ eine genügende.

2. BadRpr. 05 73 (Karlsruhe) (ebenso das. 05 228). Grundsätzlich muß aus der Mängelrüge unmittelbar hervorgehen, welche Abweichungen von der vertragsmäßigen Beschaffenheit der Käufer an der gelieferten Ware rügt. Nur ausnahmsweise genügt eine Mängelanzeige, aus der Art und Umfang der gerügten Mängel nicht unmittelbar hervorgehen, trotzdem, wenn nämlich der Verkäufer über den Grund der Beanstandung durch Zusammenhalten der Anzeige mit anderen früheren Mitteilungen Aufklärung findet und der Käufer nach Lage der Sache sich unbedingt darauf verlassen durfte, daß die in der Anzeige fehlenden Angaben durch eine solche anderweitige Auskunft ersetzt würden. — Demnach ist folgende Rüge:

„Die Ware ist nicht ausgefallen, wie ich mit Ihrem Reisenden Herrn H. vereinbart habe; ich machte ihn (nämlich als er vor der Bestellung die Muster vorlegte) auf verschiedene Mängel und Fehler aufmerksam; diese wurden aber an der Ware trotzdem nicht berücksichtigt“

nicht ordnungsgemäß, weil der Käufer bei verständiger Würdigung der Umstände — es handelt sich um Schuhwaren — sich nicht darauf verlassen durfte, daß der Reisende H. von seinen einzelnen Ausstellungen dem Verkäufer Mitteilung gemacht und daß dieser bei Empfang der Mängelanzeige ein halbes Jahr nach der Bestellung sich des etwaigen Berichts seines Reisenden über die Verhandlungen mit dem Käufer noch genau erinnern werde.

3. SchlHolstA. 05 293 (Kiel). Im Kohlenhandel bringt die Wendung: „Wir haben laut Abmachung cobles (vgl. hierüber o. § 346 I B 3) gekauft und keinen Mull“ den Grund der Beanstandung klar zum Ausdruck und genügt daher als Mängelrüge.

4. BraunschwZ. 05 91 (Braunschweig) (zu Art. 347 AHGB.). Die Mitteilung des Käufers an den Verkäufer, die gelieferten Fahrräder seien „total zusammengemischte Ware“ ist keine bloße allgemeine Erklärung der Unzufriedenheit, sondern eine, wenn auch nicht ins einzelne gehende, so doch über den Grund der Beanstandung hinlänglich aufklärende Mängelrüge.

II. Frist (vgl. auch o. bei „Untersuchung“). 1. RG. 2. 12. 04, ElsLothZ. 05 208, R. 05 199, PosMSchr. 05 24, Holdheims MSchr. 05 186, PucheltsZ. 05 424 u. 635. Nach Rechtslehre wie Rechtsprechung läßt bloße Vermutung der Mangelhaftigkeit die Rügepflicht noch nicht entstehen, sondern erst die Gewißheit. Bei Bemessung der Anzeigefrist ist daher auf die Zeit Rücksicht zu nehmen, die für eine zu sicherem Ergebnisse führende Untersuchung erforderlich ist.

2. RG. (Entsch. wie zu 1). Im Handel mit Saatgut hat der Käufer Frist zur Rüge seinerseits, bis er mehrere Mitteilungen von seinen Abnehmern über die Mangelhaftigkeit empfangen hat.

3. OLG. **10** 341 (Hamburg). Trifft bei einer Bahnsendung die Ware infolge Zufälligkeiten der Beladung, ohne daß der Verkäufer Teilsendungen beabsichtigte, nicht auf einmal, sondern in einzelnen Waggons an verschiedenen Tagen ein, so ist die Mängelanzeige an dem Tage, an dem erst der letzte Waggon eintraf, rechtzeitig. — Vgl. JDR. **3** § 377 II 3 (92).

4. HansGZ. **05** Hptbl. 177 (Hamburg). Ein überseeischer Käufer genügt der Vorschrift des § 377, wenn er bei Bestehen einer regelmäßigen allwöchentlichen Postverbindung mit Europa, den die Mängelanzeige enthaltenden Brief mit dem nächsten regelmäßigen Postdampfer befördert; er ist nicht verpflichtet, wenn etwa an einem der Zwischentage ein anderer Dampfer nach Europa abgeht, den die Mängelanzeige enthaltenden Brief mit diesem Dampfer abzusenden.

5. **RG.** SeuffA. **60** 34, PucheltsZ. **05** 113. Eine vereinbarte Garantiefrist berechtigt den Käufer, die während der Frist hervortretenden Mängel noch zu rügen, befreit ihn aber nicht von der Pflicht, sie unverzüglich nach ihrer Entdeckung zu rügen. (Vgl. JDR. **3** § 377 IV c 5.)

D. Genehmigung. 1. BraunschwZ. **05** 89 (Braunschweig). (Revision vom RG. zurückgewiesen; vgl. **RG.** o. A 3.) Hat der Käufer schon vor Ankunft der Ware dem Verkäufer angezeigt, daß er sie ablehne, so folgt daraus, daß er ihre Abladung gestattet und sie einem Spediteur zur Lagerung übergibt, nicht eine Willensänderung, sondern nur die Absicht, für ihre einstweilige Aufbewahrung zu sorgen. Die Erfüllung dieser Sorgfalt kann dem Käufer nicht dahin ausschlagen, daß er nun zu Untersuchung und Mängelrüge verpflichtet worden wäre.

2. HansGZ. **05** Hptbl. 155 (Hamburg). Wenn der Verkäufer sich ohne ausdrückliche Wahrung seines Rechtsstandpunkts auf Vergleichsverhandlungen einläßt, so ist lediglich daraus nicht zu entnehmen, daß er stillschweigend auf die Geltendmachung des § 377 verzichte oder die Mängel der Ware anerkenne und nur noch über Art oder Höhe des Ersatzes streite; auch verschlechtert der Verkäufer so die Lage des Käufers in keiner Weise, denn die Untersuchung der Ware ist schon erfolgt und an der Verspätung der Untersuchung oder der Mängelanzeige läßt sich nichts mehr ändern.

3. **RG.** SeuffA. **60** 34, PucheltsZ. **05** 113. Bei Maschinenteilen braucht die Mängelrüge erst zu erfolgen, wenn Grund zu der Annahme vorliegt, daß die hervorgehobenen Mängel in ursächlichem Zusammenhange mit Mängeln stehen, die sich an den Maschinenteilen schon bei ihrer Lieferung befunden haben. In der einstweiligen Weiterbenutzung solcher mangelhafter Teile liegt keine Genehmigung, wenn ihre Entfernung ohne Einfluß auf den Betrieb der Maschine selbst nicht möglich ist.

4. OLG. Kiel II 16. 5. 05, SchlHolstAnz. **05** 308. Der Führer des vom Käufer im Einzelfalle für den Import gecharterten Dampfers ist nicht sein Vertreter für Untersuchung und Abnahme der Ware und stellt das Konnossement nur in seiner Eigenschaft als Schiffsführer aus, nicht aber als eine Quittung über den Empfang der vom Verkäufer geschuldeten Leistung.

5. Die Genehmigung kann, wenn die Mängel nicht rechtzeitig gerügt sind, nachträglich nicht mehr wegen Irrtums über die Beschaffenheit der Ware angefochten werden. Düringer-Hachenburg § 377 Note VI e (290).

E. Abs. 4. 1. HansGZ. **05** Hptbl. 54 (Hamburg). Es genügt die Absendung durch einen zuverlässigen Boten; dieser kann, da für die Mängelanzeige Schriftform nicht vorgeschrieben ist, auch beauftragt werden, die Mängelanzeige mündlich an den Verkäufer auszurichten.

2. Staub Anm. 27 zu § 377: Der Käufer wahrt seine Rechte auch durch Mängelanzeige gegenüber einem nicht legitimierten Vertreter des Verkäufers, vorausgesetzt, daß er nach Lage der Sache annehmen darf, die Rüge würde durch

jenen rechtzeitig an den Verkäufer gelangen. AA. Makower VI d zu § 377 (12. Aufl. 1185). Jene Person kann nur dann als Bote des Käufers gelten, wenn unzweifelhaft ist, daß sie einen Auftrag zur Übermittlung der Mängelanzeige an den Verkäufer übernommen hat und nicht schon dann, wenn sie zu der Mängelrüge des Käufers nur geschwiegen hat. — Übereinstimmend mit Makower HansGZ. **05** Hptbl. 54 (Hamburg). In letzterem Falle wird die an die nicht legitimierte Person gerichtete Mängelanzeige nur dann wirksam, wenn diese sie dem Verkäufer mitteilt und zwar innerhalb der Zeit, die auch für eine von dem Käufer an den Verkäufer unmittelbar und unverzüglich erstattete Anzeige erforderlich gewesen wäre.

3. OLG. **10** 341 (Hamburg). Trotz Versäumung der Rügepflicht braucht der Käufer ein wirklich vorhandenes Gewichtsmanko nicht zu bezahlen und kann das im Vertrauen auf die Richtigkeit des vom Verkäufer angegebenen Gewichts zu viel Gezahlte zurückfordern.

4. BraunschwZ. **05** 90 (Braunschweig). Der Käufer muß, als Vorbedingung der Geltendmachung seiner Rechte beweisen, daß die Mängelanzeige rechtzeitig und in gehöriger Form erfolgt ist.

5. Die Versäumung der Rügepflicht ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen. Düringer-Hachenburg § 375 Note V (289).

F. Arglistiges Verschweigen:

PfälzRpr. 2 28 (Zweibrücken). Arglistiges Verschweigen liegt nicht schon dann vor, wenn der Verkäufer wissentlich Ware von geringerer Güte liefert, als er bemustert hat, „denn er konnte der Hoffnung sein, der Käufer werde allenfalls nachträglich gegen anderweit einzuräumende Vorteile (Preisnachlassung, Zusicherung besserer Lieferung für die Zukunft) etwaige Bemängelung aufgeben; auch daß der Verkäufer es unterläßt, den Käufer auf die abweichende Lieferung hinzuweisen, genügt nicht; vielmehr ist arglistiges Verschweigen nur dann anzunehmen, wenn der Verkäufer die geringere Ware in der Erwartung verschickt hat, der Käufer werde den Mangel nicht bemerken und sie deshalb behalten. Dies ist nicht der Fall, wenn der Verkäufer in der gleichzeitig mit der Ware abgesandten Rechnung die Güte deutlich, und durch Unterstreichen besonders hervorgehoben, als „IIa" bezeichnet hat, während „Ia" gekauft war; denn von einem Kaufmanne muß erwartet werden, daß er eingehende Rechnungen alsbald prüft, und dann konnte ihm die Bezeichnung „IIa" nicht entgehen. — Übereinstimmend Düringer-Hachenburg § 377 IX b (295).

§ 378. 1. Schönfeld, Die Tragweite des § 378 HGB., R. **05** 365—366.

2. § 378 ist grundsätzlich auch beim Spezialkaufe anwendbar. Düringer-Hachenburg § 378 II, 3 (299), Lehmann-Ring § 378 Nr. 2.

3. SchlHolstAnz. **05** 293 (Kiel). Im Kohlenhandel ist der Kauf eines hold (→ vgl. hierüber o. § 346 I B 3 ←) Kohlen nicht Spezieskauf, sondern Gattungskauf, wenn der Käufer die Kohlen vorher nicht gesehen hatte, auch aus sonstigen Gründen die Lieferung gerade aus diesem Dampfer für ihn kein besonderes Interesse hatte, vielmehr nur deshalb bedungen wurde, weil der Dampfer gerade mit Ladung schwamm (um so die Lieferzeit durch den Zeitpunkt seines Eintreffens festzulegen).

§ 379. 1. **RG.** V 10. 5. 05, HessRspr. 6 105. Der Käufer, der die ihm übersandte Ware beanstandet und sie dem Verkäufer zur Verfügung stellt, hat nur die Pflicht zur einstweiligen Aufbewahrung. Die Parteien können sich aber auch anders einigen, insbesondere kann der Käufer die Aufbewahrung auch über den Zeitpunkt hinaus, bis zu dem sie ihm gesetzlich obliegt, übernehmen. Solche Vereinbarung kann nicht nur ausdrücklich getroffen, sondern

auch als dem Willen der Parteien entsprechend aus den obwaltenden Umständen entnommen werden.

2. R. 05 650 (Breslau) (vgl. JDR. 3 Ziff. 10 zu § 379). Die Pflicht des Käufers zur einstweiligen Aufbewahrung dauert so lange, bis der Verkäufer seinerseits dafür sorgen kann.

3. Vgl. o. § 377 D 1.

4. Auch bei einseitigen Handelsgeschäften kann die Anwendung des § 157 BGB. zu gleichen Ergebnissen führen wie § 379 HGB. Düringer-Hachenburg § 379 VII (315); vgl. o. zu § 377 A 2.

§ 381. 1. OLG. Jena I 19. 11. 04, ThürBl. 52 235, R. 05 22: Gegen Staubs Ansicht, daß im Falle des § 381 Abs. 2 in allen Beziehungen die Vorschriften über den Kauf anzuwenden seien, spricht schon der Wortlaut des Gesetzes: „Die in diesem Abschnitte (nämlich für den Handelskauf) getroffenen Vorschriften . . . finden Anwendung", auch die Denkschr. (228, Hahn, Mater. 379) läßt keinen Raum für die Annahme, daß die Anwendung des § 651 BGB. ausgeschlossen sein sollte. Es sollten nur die §§ 373—380 HGB. auf einen derartigen Vertrag ausgedehnt, nicht aber dieser schlechthin zum Handelskaufe gestempelt werden. Vgl. gegen Staub auch Makower § 381 II b 2, Düringer-Hachenburg § 381 VI (333) u. Lehmann-Ring § 381 Nr. 3 ff.

2. OLG. Colmar 1. 3. 04, ElsLothZ. 30 159. § 377 ist an sich auf „reine" Werkverträge nicht anwendbar. Rechtslehre und Rechtsprechung (vgl. a. Denkschr. 245) lassen im Hinblick auf bestehende Handelsgebräuche sowie auf die Grundsätze von Treu und Glauben im Handelsverkehr" eine entsprechende „selbstverständlich mildere" Anwendung des § 377 auf „verwandte" Handelsgeschäfte zu. Auch auf Werkverträge trifft der Grund zu, der für die durch § 377 getroffene Regelung maßgebend war, nämlich „daß der Handelsverkehr eine rasche Geschäftsentwicklung erfordert und der Unternehmer über die Billigung der Ware seitens des Bestellers nicht zu lange im ungewissen gelassen werden darf. Die abweichende Regelung des BGB. beruht zum Teile mit auf der Erwägung, daß gewöhnlich der Unternehmer der fachmännisch Gebildete ist, der Besteller aber nicht."

Abs. 2. BadRpr. 05 4 (Karlsruhe). Auch ein Werklieferungsvertrag mit einem Schreinermeister, weil dieser Kaufmann — wenn auch nur Minderkaufmann ist — muß als Handelskauf beurteilt werden, falls eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist.

Dritter Abschnitt. Kommissionsgeschäft.

Vorbemerkung: Hervorzuheben ist unter den im Berichtsjahre spärlicher fließenden Entscheidungen die des RG. (zu § 401) über die Emissionsbonifikationen, eine Frage, in der die Theorie durchweg entgegengesetzt Stellung genommen hat.

Literatur: Cases, Das Pfandrecht und Befriedigungsrecht des Kommissionärs. (Diss.) Rostock 1904. — Walter Kohlhammer, Der Kommissionär im Buchhandel. Stuttgart 1905. — Weißbart, Abschlüsse des Kommissionärs an auswärtigen Börsen im Falle des Selbsteintritts, HoldheimsMSchr. 05 137—138.

§ 383. 1. WürttJ. 17 11 (Stuttgart). Auf den Kommissionsvertrag finden, soweit das HGB. keine Bestimmungen enthält, die Grundsätze über den Dienstvertrag (§§ 611 ff., 675 BGB.) Anwendung. Vgl. JDR. 3 § 383 Nr. 2. — AA. (für Werkvertrag) Düringer-Hachenburg III 337, der die praktischen Ergebnisse der einen und der anderen Annahme das. 338, 339 darlegt.

2. OLG. 10 339 (Braunschweig). Ein Vertrag zwischen zwei Viehhändlern dahin, daß der in Ostpreußen wohnende K. dem B. auf Bestellung Vieh liefere „gegen Ersatz des Einkaufspreises, der Unkosten und Frachtauslagen, sowie gegen

Zahlung einer Provision", ist ein Lieferungsvertrag, Kaufgeschäft, nicht Einkaufskommission. Auch bei einem Lieferungsgeschäfte auf eigene Rechnung kann der Kaufpreis in der Weise vereinbart sein, „daß der Verkäufer zu dem Selbstanschaffungspreise einen Zuschlag für die jedem Handelsbetriebe innewohnende Vermittlertätigkeit empfängt"; Folge dieser lediglich die Grundsätze der Kaufpreisberechnung enthaltenden Preisabrede ist, daß bei Bestreiten des Käufers der Verkäufer beweisen muß, das Vieh zu dem von ihm ausgesetzten Preise eingekauft zu haben. Aus der Art der Kaufpreisberechnung, insbesondere aus dem Ausdrucke „Provision" ist nicht zu folgern, daß der Einkäufer die Pflichten des Kommissionärs habe übernehmen sollen und wollen.

3. Puchelt, HGB. II 354, Düringer-Hachenburg III 351, OLG. **10** 339 (Hamburg). Wenn inländische Waren zwecks Verwertung an einem überseeischen Platze einem Exporthaus „in Konsignation gegeben" („konsigniert") werden, ohne Vereinbarung wer über See den Verkauf vornehmen soll, ist anzunehmen, daß das Exporthaus — zumal wenn es am überseeischen Platze kein eigenes Haus besitzt — nicht Verkaufs-, sondern nur Exportkommissionär sein will.

4. OLG. **10** 340 (Hamburg). Darauf, daß es sich um eine Verkaufskommission handelt, weist der Ausdruck „Konsignation" hin, der für überseeische Verkaufskommissionen allgemein gebräuchlich ist und nach Erklärung der Sachverständigen im Handel nach Ostasien durchweg so verstanden wird, ferner die Übernahme des Delkredere seitens des Kommissionärs. Damit ist nicht unvereinbar, daß der Kommittent sich mit einem — selbst franko oder fob Hamburg bestimmten — Preislimit begnügt und die Provision des Kommissionärs in dem erzielten Mehrerlös bestehen soll.

§ 384. 1. Abs. 2. WürttZ. **17** 11 (Stuttgart). Über eine Verpflichtung des Kommittenten, dem Kommissionär Rechenschaft abzulegen, bestimmt das HGB. nichts, sie kann auch nicht auf andere gesetzliche Vorschriften (vgl. o. Ziff. 1 zu § 383) gestützt werden. Auch § 666 BGB. spricht nur von einer Verpflichtung des Beauftragten zur Rechenschaftsablegung, dagegen nicht von einer solchen des Auftraggebers. §§ 91, 89 HGB. sind nur auf die Handlungsagenten anwendbar.

2. Wegen der „Emissionsbonifikation" vgl. u. zu § 401.

3. Abs. 3. Über den Unterschied zwischen dieser Selbsthaftung und dem Selbsteintritt (§ 400) vgl. Düringer-Hachenburg III, 366—368.

§ 385. Aus den Grundsätzen von Treu und Glauben folgt, daß nicht jede, sondern nur eine wesentliche Abweichung von seinen Weisungen den Kommittenten zur Zurückweisung des Geschäfts nach § 375 berechtigt. Düringer-Hachenburg III, 371cc.

§ 388. Literatur: Francke, Zur gerichtlichen Beweisaufnahme im Falle des § 388 Abs. 1 HGB., GoldschmidtsZ. **57** 156—160.

§ 390. Abs. 1. Der Kommissionär exkulpiert sich auch dann, wenn er nachweist, daß Verlust und Schaden in jedem Falle und abgesehen von seinem etwaigen eigenen Verschulden unabwendbar eingetreten wäre. Düringer-Hachenburg III 388IV.

§ 394. OLG. Hamburg III 22. 11. 04, HansGZ. **05** Hptbl. 42, OLG. **10** 343. Art. 370 AHGB. sprach von Einstehen „für die Zahlung oder für die anderweitige Erfüllung der Verbindlichkeit", während § 394 jetzt nur sagt: „für die Erfüllung der Verbindlichkeit". Dies Delkredere bedeutet im Zweifel nur Haftung des Kommissionärs dafür, daß der Hauptschuldner die Forderung oder Schadensersatz zahlen, nicht dafür, daß er hiervon abgesehen, überhaupt vertragstreu sein wird. „Eine direkte Klage gegen den Delkredere-Leistenden auf Unterlassung von Vertragswidrigkeiten ist nicht begründet."

§ 397. 1. Vgl. o. bei §§ 355—357 und IDR. 3 (99).

2. *Müller. Unter „laufender Rechnung" ist nicht bloß der Kontokorrentvertrag im Sinne von HGB. §§ 355 ff., der „Doppelkontokorrentvertrag", zu verstehen, sondern auch der „einfache Kontokorrentvertrag", wo — um die ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes zu gebrauchen — zwei Personen, ohne eine Gestundung im Auge zu haben, lediglich aus praktischen Gründen derart in Geschäftsverbindung miteinander treten, daß nur für den einen Teil „Ansprüche" auf Entgelt für Leistungen entstehen und diese samt den etwa darauf bewirkten Zahlungen in Rechnung gestellt und in regelmäßigen Zeitabschnitten nach Berechnung des Gesamtbetrags unter Abzug der bereits erfolgten Zahlungen zu berichtigen sind. Dieser einfache Kontokorrentvertrag ist ein Blankovertrag, worin sich der eine Teil verpflichtet, bestimmte Arten von Gegenständen (z. B. Waren, Dienstleistungen) gegen Entgelt in einem gewissen Zeitabschnitte zu liefern, wo aber die Art, die Menge, der Preis, der Erfüllungsort, die Erfüllungszeit oder andere die Voraussetzung der Erfüllbarkeit bildende Punkte erst während der Periode durch freie Vereinbarungen näher bestimmt werden. Diese nachträglichen Geschäfte, „Ausfüllungsvereinbarungen", erzeugen keine Rechte und Pflichten, sondern füllen den Kontokorrentvertrag derart aus, daß die darin bereits begründeten Verbindlichkeiten erfüllbar werden. Insbesondere entstehen aus ihnen keine Forderungen auf Entgelt, sondern es ergeben sich daraus lediglich Rechnungsfaktoren, deren Summe die Höhe der im Kontokorrentvertrage begründeten Entgeltforderung bestimmt. Diese Rechnungsfaktoren können, weil sie keine Forderungen sind, nicht abgetreten, verpfändet, gepfändet oder verzinst werden; sie können auch nicht verjähren. Zwei derartige einfache Kontokorrentverträge können derart verbunden sein, daß jeder Teil dem anderen entgeltliche Leistungen macht. Wird dann das Schicksal beider Verträge voneinander abhängig gemacht und die beiden aus ihnen sich ergebenden Entgeltforderungen gleich bei Abschluß der Verträge durch Vereinbarung aufgerechnet, so liegt ein Kontokorrentvertrag im Sinne von HGB. § 355, ein Doppelkontokorrentvertrag vor. Entsprechend § 397 HGB. steht einem Kontokorrentisten auch in allen anderen Fällen, wo die laufende Rechnung sich aus solchen Geschäften zusammensetzt, aus denen der Gläubiger, wenn sie nicht in die laufende Rechnung fielen, nur an den Gegenständen, die er auf Grund eines einzelnen Geschäfts besitzt, wegen der Forderung aus diesem Geschäfte ein gesetzliches Pfandrecht haben würde, wegen jedes Kreditpostens ein Pfandrecht an dem gesamten auf Grund der laufenden Rechnung erlangten Gute zu.

3. *Regelsberger, IheringsI. **46** 21. Die Vergünstigung dieses Paragraphen gilt für alle Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften, nicht bloß für die einem vertragsmäßigen Kontokorrentverhältnis angehörigen. — GlA.: Lehmann-Ring, Cosack § 43 II 13 b, Mackower; dagegen (nur l. R. des § 355 sei gemeint) Düringer-Hachenburg III 416 f.

§ 401. Literatur: Breit, Die Emissionsbonifikationen und das RG., BankA. **4** 65—70. — Veit-Simon, Zur Frage der Bonifikationen im Bankverkehre, DIZ. **05** 254 bis 257. — Weißbart, Abschlüsse des Kommissionärs an auswärtigen Börsen im Falle des Selbsteintritts, Holdheims MSchr. **05** 137 ff.

1. **RG.** 10. 12. 04, IW. **05** 118[23], R. **05** 623, DIZ. **05** 265, Holdheims MSchr. **05** 192, GruchotsBeitr. **49** 982. Die Emissionsbonifikation gebührt dem Kunden; der Bankier darf sie ohne Vorwissen des Kunden weder ganz noch teilweise behalten. — Dagegen Veit-Simon u. Breit.

2. Weißbart 137 ff. Der Kommissionär, der die Kommission durch Selbsteintritt ausführt, ist im allgemeinen nicht verpflichtet, dem Kommittenten den günstigeren Preis einer auswärtigen Börse zu berechnen; hat der Kommissionär

vor der Absendung der Ausführungsanzeige aus Anlaß der erteilten Kommission an einer auswärtigen Börse ein Geschäft mit einem Dritten abgeschlossen, so muß er dem Kommittenten nicht den hierbei vereinbarten Preis berechnen.

Vierter Abschnitt. Speditionsgeschäft.

§ 407. OLG. **11** 414 (Karlsruhe). Aufgabe des Spediteurs ist zunächst, zu prüfen, ob ihm die Bahn die Sendung vollständig abgeliefert hat. Geschieht dies unvollständig, so hat er die Rechte des Auftraggebers gegen die Bahn zu wahren. Dagegen liegt dem Spediteur nicht ob, auch den Weitertransport durch die Bahn zu überwachen. Denn § 407 Abs. 2, § 388 HGB. sprechen nur von dem Gute, das dem Kommissionär bzw. Spediteur zugesandt worden ist.

§ 408. OLG. **10** 345, R. **05** 347 (Hamburg), vgl. auch IDR. **2** Ziff. 4 zu § 413. Ein Spediteur ist regelmäßig nicht verpflichtet, das ihm aufgegebene Gewicht zu kontrollieren. Denn eine Untersuchung und Prüfung der Richtigkeit der vom Absender über Inhalt und Gewicht gemachten Angaben gehört ohne speziellen Auftrag nicht zu den Obliegenheiten des Spediteurs. Eine solche Verpflichtung zum Nachwiegen und Kontrollieren der Gewichtsangabe des Absenders kann für den Spediteur ohne besonderen Auftrag nur beim Vorliegen besonderer Umstände geboten sein, z. B. wenn die Kiste oder sonstige Verpackung der Ware sich bei der Übergabe in einem äußerlich beschädigten Zustande befindet, wenn sie Spuren der Eröffnung trägt, welche eine Beraubung vermuten lassen (ROHG. **15** 384).

§ 410. OLG. **10** 345 (Braunschweig). H. hat seinen Möbelwagen, beladen mit Möbeln, dem Y. durch die Eisenbahn mit dem Ersuchen zugehen lassen, die auf der Sendung ruhende Fracht zu verausgaben, die in den Wagen geladenen Möbel dem Z. zuzufahren und den Wagen selbst, womöglich mit Rückladung, dem H. durch die Bahn zurückzusenden. Durch die Annahme der Sendung und des Auftrags durch den Y. ist zwischen diesem und dem H. ein den Wagen selbst betreffender Speditionsvertrag zustande gekommen; der Wagen selbst gehörte zum Speditionsgute, die von Y. verauslagte Fracht bezog sich auch mit auf den Wagen, und es stand daher dem Y. nach § 410 HGB. ein gesetzliches Pfandrecht an dem Wagen wegen seiner Forderung an H. auf Ersatz der verauslagten Fracht und wegen seiner Provision und sonstigen Auslagen zu. Dieses gesetzliche Pfandrecht ging nach § 366 Abs. 4 HGB., § 1208 BGB. allen Rechten Dritter, mit denen der Wagen belastet war, also auch einem durch frühere Pfändung des Wagens erworbenen Pfandrechte des Beklagten A. vor, es sei denn, daß sich Y. zur Zeit der Erwerbung des Pfandrechts in Ansehung der Rechte Dritter, hier also des Pfändungspfandrechts des Beklagten A., nicht in gutem Glauben befunden hätte.

§ 413. OLG. **10** 344, R. **05** 347 (Hamburg). Die Vereinbarung, daß ungeachtet der Einigung über einen bestimmten Satz der Beförderungskosten der Kläger „nicht als Frachtführer nach § 413, sondern lediglich als Spediteur nach § 408 HGB. haften solle," hat nur den Zweck und die Wirkung, die gesetzliche Haftung des Klägers aus § 413 wieder auf das geringere Maß der Spediteurhaftung für culpa in eligendo zu beschränken; sie hat aber weder den Zweck noch kann sie nach ihrem Wortlaute die Wirkung haben, das Rechtsgeschäft auch im übrigen, namentlich bezüglich der Rechte des Klägers daraus, wiederum den Grundsätzen der Spedition statt denjenigen des Frachtgeschäfts zu unterstellen, zumal jene Haftungsbeschränkung auch mit den letzteren durchaus vereinbar ist. Beklagter kann sich daher auf die freie Widerruflichkeit des Speditionsauftrags nicht stützen.

§ 414. 1. RG. **60** 47, BadRpr. **05** 237, R. **05** 534. Der § 414 findet keine Anwendung, wenn der Spediteur Güter nur zur Aufbewahrung, nicht auch

zur Besorgung einer Versendung erhalten hat. Wenn er jedoch, sei es auch nur im Nebengewerbe, zugleich Lagerhalter ist, so greift § 423 HGB. ein.

2. *Reindl, EisenbE. **21** 318. Abs. 3 gilt nur für die dort angeführten Forderungen gegen die Eisenbahn; dagegen gelten bezüglich der Aufrechnung von Forderungen der Eisenbahn aus dem Frachtvertrage gemäß Art. 2 EGHGB. die Vorschriften des BGB., insbesondere also der § 390 BGB., wonach es zur Aufrechnung mit einer bereits verjährten Forderung genügt, wenn die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie einer anderen aufrechenbar gegenüberstand, noch nicht verjährt war.

Fünfter Abschnitt. Lagergeschäft.

Vorbemerkung: Die Literatur hat sich hauptsächlich mit der vom RG. adoptierten Auffassung beschäftigt, daß auch Inhaber-Lagerscheine gültig sind (vgl. Bem. 2 u. 3 zu § 424). Diese Auffassung hat im allgemeinen Zustimmung gefunden, obwohl de lege ferenda eine gesetzliche Regelung für notwendig bezeichnet wurde.

§§ 416 ff. *Weyl, Verschuldensbegriffe 127: Eine Sorgfalt eines ordentlichen Lagerhalters hat das HGB. nicht aufgestellt. Vgl. o. § 84 Ziff. 3 c.

§ 416. *Senckpiehl, EisenbE. **21** 323, **22** 107. Nach den Vorschriften der §§ 416 ff. HGB. sind auch diejenigen Lagergeldforderungen zu beurteilen, welche die Eisenbahn gemäß § 70 Abs. 2 EisenbVerkO. für die Einlagerung der Frachtgüter bei Ablieferungshindernissen, ferner gemäß § 55 Abs. 2 EisenbVerkO. für die vorläufige Einlagerung des Gutes vor dem Beginne des Transports, und schließlich gemäß § 38 EisenbVerkO. für die Aufbewahrung des Handgepäcks geltend macht. — Dagegen ist das nach § 56 EisenbVerkO. von der Eisenbahn erhobene Lagergeld eine selbständige, vertragliche Vergütung, welche nach §§ 688 ff. BGB. zu beurteilen ist. — Die Lagergeldforderungen, welche die Eisenbahn gemäß den §§ 33 Abs. 3 und 69 Abs. 5 EisenbVerkO. für die Aufbewahrung nicht rechtzeitig abgeholten Passagiergepäcks oder nicht innerhalb der lagerzinsfreien Zeit in Empfang genommener Frachtgüter geltend macht, beruhen allein auf dem Frachtvertrag und sind nach den Regeln des Frachtgeschäfts zu beurteilen.

§ 423. **RG.** 58 76, R. **05** 623 (vgl. auch IDR. **3** Bem. zu § 423 HGB.). Die Ansprüche gegen den Lagerhalter unterliegen auch dann der Verjährung des § 423, wenn er sich auf die Erklärung beschränkt, daß das Gut nicht da sei; nicht nötig ist gerade die Mitteilung, daß es verloren sei.

§ 424. 1. *Weißbart, GoldschmidtsZ. **57** 146—155. Die an Order lautenden Lagerscheine der Kaufleute über vertretbare Sachen sind, falls nicht die Herausgabe der eingelagerten Sachen von einer Gegenleistung nach dem Lagerschein abhängig ist, Warenpapiere auch dann, wenn der Lagerhalter keine staatliche Ermächtigung zur Ausstellung derartiger Papiere hat. Vgl. dagegen **RG. 59** 376, IW. **05** 158 u. IDR. **3** Bem. zu § 424.

2. Behrend, DIZ. **05** 540, stimmt für das geltende Recht den Urteilen des OLG. Hamburg (OLG. **9** 35) und des RG. (**59** 376, IW. **05** 158, DIZ. **05** 267; vgl. IDR. **3** Bem. zu § 424) zu, wonach die Ausstellung von Lagerscheinen auf den Inhaber allgemein ohne staatliche Genehmigung für zulässig erachtet wurde, hält aber das Bedürfnis nach gesetzlicher Regelung für unabweisbar, falls Inhaberlagerscheine eines nicht staatlich ermächtigten Lagerhalters, die keineswegs als eine wünschenswerte Bildung zu betrachten seien, in weiterem Umfange Verbreitung finden sollten.

3. *Heilbrunn, Holdheims MSchr. **05** 175. Der Inhaberlagerschein untersteht den Bestimmungen des BGB. Er ist nicht Dispositionspapier. Doch kann das beim Lagerhalter lagernde Gut mit allen dinglichen Wirkungen des Eigentumsüberganges oder der Verpfändung Gegenstand des Handelsverkehrs sein, ohne

daß tatsächliche Sachübertragung vorgenommen zu werden braucht, insofern der Lagerhalter zum Eigentümer im Verhältnisse des unmittelbaren zum mittelbaren Besitzer steht, das Eigentum also nach §§ 870, 931 BGB. durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe übertragen, bzw. ein Pfandrecht nach §§ 1205, 1207 BGB. durch Übertragung des mittelbaren Besitzes unter Anzeige an den unmittelbaren Besitzer bestellt werden kann. Ob solche dingliche Wirkungen mit der an sich nur obligatorische Wirkung erzielenden Übergabe des Inhaberlagerscheins verknüpft werden sollen, bestimmt sich nach dem Willen der Parteien. Die Rechte des Lagerhalters am Gute bleiben auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unberührt, doch kann der Lagerhalter nach § 796 BGB. dem Inhaber des Scheines nur solche Einwendungen entgegensetzen, die entweder die Ausstellung des Scheines betreffen, oder die sich aus demselben ergeben.

Sechster Abschnitt. Frachtgeschäft.

Vorbemerkung (zum 6. und 7. Abschnitt). Literatur und Rechtsprechung haben sich auch im Berichtsjahre über verschiedene wichtige Fragen des Frachtrechts, namentlich des Eisenbahnfrachtrechts, geäußert. Erwähnung verdienen vor allem die Erkenntnisse verschiedener ausländischer Gerichte über den Einfluß eines Streiks auf die Haftung der Eisenbahn wegen Verlustes oder verspäteter Ablieferung eines Frachtguts (vgl. Bem. 2 zu § 456 und Bem. 1 zu § 466). Sodann beansprucht Interesse die Entsch. des RG. über die rechtliche Natur des Frachtzuschlags nach der EisenbVerkO.; in dieser Entsch. ist nicht nur die schon früher vertretene Auffassung des Gerichtshofs von dem Vorliegen einer Konventionalstrafe aufrechterhalten, sondern auch noch ausgesprochen, daß zur Bezahlung dieser Konventionalstrafe und auch der Mehrfracht der Absender dann nicht verpflichtet sei, wenn er den Beweis liefere, daß ihn bei der unrichtigen Deklaration kein Verschulden treffe (s. Bem. 6a, b zu § 426 und Bem. 2 zu § 470). Zu der vielumstrittenen Frage nach der rechtlichen Natur der Eisenbahnfahrkarte hat das RG. dahin Stellung genommen, daß es dieselbe als Inhaberpapier im Sinne des § 807 BGB. erklärte (vgl. Bem. a zu § 12 EisenbVerkO.). Schließlich sei erwähnt, daß, gleich dem Vorjahre (s. JDR. 3 Vorbem. zum 6. u. 7. Abschnitte des HGB.), auch in dem nachstehenden Berichte die Rechtsprechung ausländischer Gerichte in ausgiebigem Maße herangezogen wurde.

Literatur: Lange, Die rechtliche Stellung des Empfängers im Frachtgeschäfte nach geltendem Handelsrechte. Leipzig 1905.

§ 425. (§ 54 EisenbVerkO., Art. 8 Berner FrachtÜb.) **RG.** JW. **05** 147, R. **05** 226, GruchotsBeitr. **49** (Beilageheft) 1010 (vgl. JDR. **3** Bem. 2 zu § 425). Der Frachtvertrag ist als Werkvertrag aufzufassen und deshalb vom Frachtführer da zu erfüllen, wo das Gut abzuliefern ist. Dies gilt auch für den Eisenbahnfrachtvertrag. Der Anspruch auf das Interesse wegen Nichterfüllung oder mangelhafter Erfüllung ist da zu erfüllen, wo die Erfüllung des Vertrags zu leisten war, die ausgeblieben ist.

§ 426. (§§ 51, 53, 54 EisenbVerkO., Artt. 6 u. 8 Berner FrachtÜb.) 1. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 270, R. **05** 651, BayRpflZ. **05** 368. Einen Satz des Inhalts, daß dem abgestempelten Frachtbriefe gegenüber ein Nachweis, daß das Gut nur zur vorläufigen Verwahrung und Einlagerung übernommen worden sei, nicht mehr zulässig sei, enthält Art. 8 Berner FrachtÜb. nicht. Wie einerseits der Frachtvertrag auch beim Fehlen des Stempels durch Übernahme des Gutes zur Beförderung nebst Frachtbrief in rechtsgültiger Weise geschlossen sein kann, so ist andererseits, auch wenn die vorgeschriebene Abstempelung des Frachtbriefs — vielleicht aus Versehen — erfolgt ist, doch noch der Gegenbeweis zulässig, daß eine Willenseinigung der Parteien über einen Beförderungsvertrag gleichwohl nicht zustande gekommen ist. Den Beweis dieser Behauptung muß dann die widersprechende Partei gegenüber dem an sich voll beweisenden abgestempelten Frachtbrief übernehmen.

2. EisenbE. 21 376 (ÖstObGH. Wien). Wenn die im Frachtbriefe gebrauchte Bezeichnung des Gutes der im Tarife angeführten Bezeichnung nicht vollkommen entspricht, so kann die Anwendung dieses Tarifs nicht beansprucht werden.

3. EisenbE. 21 360 (Wiener BezG. f. Handelss.). Nur jene Angaben über den Inhalt der Sendung, welche in der für die Inhaltsangabe bestimmten Frachtbriefrubrik Aufnahme gefunden haben, sind für die Tarifierung maßgebend, nicht auch die Angaben in der Spalte „anzuwendende Tarife".

4. EisenbE. 21 352 (ÖstObGH. Wien). Für die Tarifierung einer Sendung ist einzig und allein die auf dem Frachtbriefe vorkommende Inhaltsbezeichnung maßgebend, und der Frachtzahler zur Bezahlung der gemäß dieser Tarifierung sich ergebenden Fracht verpflichtet. An dieser Verpflichtung des Frachtzahlers ändert auch nichts der etwa nach der Annahme des Gutes durch den Empfänger geführte Nachweis, daß das zur Beförderung gelangte Gut einen anderen als den vom Absender im Frachtbrief angegebenen Inhalt hatte. In diesem Zusammenhange kommt die Bestimmung im § 470 HGB. (§ 61 Abs. 4 EisenbVerkO., Art. 12 Abs. 4 Berner FrachtÜb.) nicht in Betracht, weil auch für die Feststellung, ob die Fracht ungebührlich erhoben wurde, der Frachtbrief zur Grundlage zu dienen hat.

5. **a**) EisenbE. 21 381 (ÖstObGH. Wien). Wenn der Absender nur den Transportweg, nicht aber auch die Zollabfertigungsstelle im internationalen Frachtbrief angegeben hat, so ist die Eisenbahn berechtigt, von dem vorgeschriebenen Transportwege ohne Einhaltung der im Art. 6 Abs. 1 lit. l Ziff. 1—3 Berner FrachtÜb. festgesetzten Bedingungen, nur unter der Verantwortung für grobes Verschulden, abzuweichen. Der im Art. 6 lit. l Ziff. 2 a. a. O. festgesetzten Bedingung, daß keine höhere Fracht gefordert wird als diejenige, welche bei Einhaltung des im Frachtbrief angegebenen Weges hätte bezahlt werden müssen, ist auch Genüge geleistet, wenn die Eisenbahn den Frachtunterschied gemäß Art. 12 Abs. 4 Berner FrachtÜb. nach bewirktem Transporte zurückerstattet. Für den Fall, daß die Versandstation der ihr gemäß Art. 6 a. a. O. obliegenden Verpflichtung, den Absender von der Wahl eines anderen Weges als des vorgeschriebenen, zu benachrichtigen, nicht nachgekommen ist, haftet die Eisenbahn nur für den infolge dieser Unterlassung tatsächlich entstandenen bzw. nachgewiesenen Schaden. — **b**) EisenbE. 22 36 (ÖstObGH. Wien). Das Berner FrachtÜb. unterscheidet bloß zwischen Eilfracht und gewöhnlicher Fracht. Darüber, in welchen Zügen die Beförderung stattzufinden habe, enthält es nichts. Wenn das Gut daher innerhalb der im Berner FrachtÜb. festgesetzten Lieferfrist abgeliefert wurde, kann aus der Nichtbeförderung mit Eilzügen oder Schnellzügen und hierdurch entstandenen verspäteten Ankunft kein Schadensersatzanspruch abgeleitet werden. Die Eisenbahn ist in diesem Falle nur verpflichtet, den für die Beförderung in Schnellzügen erhobenen Zuschlag zurückzuvergüten. — **c**) Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. 05 210 (ÖstObHG. Wien). Die Angabe des anzuwendenden Tarifs ist auch dann zulässig, wenn es sich nicht um die Anwendung von Spezialtarifen handelt. Der Absender braucht aber diese Tarife nicht vorzuschreiben, wenn es sich weder um einen Spezialtarif noch um eine sonstige Abweichung vom regelmäßigen Tarife handelt. Ist nichts anderes begehrt, so hat der Frachtführer jenen Frachtsatz in Anwendung zu bringen, welcher ihm bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns als der dem Absender günstigere erscheint. Ist demnach im Frachtbriefe die Wegeroute vorgeschrieben und ist von einer Station dieser Wegroute aus nach der Empfangsstation ein direkter Tarif erstellt, so muß von der Versandstation bis zu der betreffenden Unterwegstation der Lokaltarif, von der letzteren bis zur Empfangstation aber der direkte Tarif in Anwendung gebracht werden.

6. Abs. 3. (§ 53 EisenbVerkO., Art. 7 Berner FrachtÜb.) — **a)** Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 217, EisenbE. **22** 34 (ÖstObGH. Wien). Der Frachtzuschlag hat den Charakter einer Tarifgebühr, sobald seine Berechnung — wie dies im Falle unrichtiger Inhaltsangabe der Fall ist — nach der Höhe der Transportpreise erfolgt. Die unrichtige Erhebung des Frachtzuschlags muß daher in diesem Falle als eine unrichtige Anwendung des Tarifs angesehen werden; der Anspruch auf Rückzahlung des unrichtig erhobenen Frachtzuschlags verjährt somit nach § 470 HGB. (§ 61 Abs. 5 EisenbVerkO., Art. 12 Abs. 4 Berner FrachtÜb.) in einem Jahre vom Tage der Zahlung an (vgl. Bem. 4 zu § 470). Dagegen aber: **b)** **RG.** EisenbE. **22** 74 (vgl. auch JDR. **3** Bem. 3c zu § 426). Der Frachtzuschlag hat die Natur einer Konventionalstrafe und den Zweck, auf die Erfüllung der nach § 426 HGB. (§ 53 EisenbVerkO.) dem Absender obliegenden Verpflichtung der richtigen und vollständigen Angabe des Inhalts der Sendung im Frachtbriefe hinzuwirken. Der Anspruch auf den Frachtzuschlag entsteht aber nicht, wenn der Absender den Nachweis erbringt, daß ihn kein Verschulden bei der Deklaration des Gutes treffe; die Forderung des Frachtzuschlags würde unmittelbar gegen § 242 BGB. verstoßen, wenn die Eisenbahn einen Frachtzuschlag verlangen würde, obwohl sie trotz Kenntnis von der Natur des Gutes die bisherige Bezeichnung desselben im Frachtbriefe zugelassen und die dem Absender nunmehr vorgeworfene unrichtige Deklaration geradezu induziert hat.

§ 428. (§ 63 EisenbVerkO., Art. 14 Berner FrachtÜb.) EisenbE. **21** 375 (BezGer. Czernowitz). Für die Berechnung der Lieferfrist ist nicht der Zeitpunkt der Übermittelung des Frachtbriefs an den Adressaten maßgebend, sondern der Zeitpunkt der Avisierung des Empfängers von der Ankunft des Gutes, falls das Gut nicht dem Empfänger zugeführt wird.

§ 429. 1. R. **05** 646 (Breslau). Der § 823 BGB. kommt auch dann zur Anwendung, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht, vorausgesetzt, daß das Verhalten des Beklagten nicht bloß als Verletzung seines von der Klägerin behaupteten Vertragsverhältnisses ihr gegenüber sich darstellt. Als durch § 823 BGB. geschütztes Recht gilt auch der Besitz. Indem der Beklagte — es war Streit, ob er bloßer Rollfuhrmann oder Frachtführer war — trotz des auf den Absender lautenden Frachtbriefs die mit Fracht gesandten Öfen einem Dritten, dem Käufer der Öfen, aushändigte, verletzte er fahrlässigerweise den Besitz des Klägers und muß den dadurch entstandenen Schaden dem Kläger ersetzen.

2. **RG.** SächsA. **15** 611, R. **05** 650, 651. Wenn bei Abgang eines zur Beförderung von Personen und Gütern bestellten Sonderzuges ein mit Gütern beladener Wagen nicht mit dem Sonderzuge zum Abgang kommt, sondern nachgesendet wird und durch das verspätete Eintreffen dem Besteller des Zuges Schaden erwächst, so haftet die Eisenbahn nicht nach § 466 HGB. (§ 26 Eisenb. VerkO.), wohl aber, da die von ihr übernommene Leistung unter den allgemeinen Begriff des Frachtgeschäfts im Sinne des § 425 HGB. fällt, entsprechend § 454, nach § 429 HGB.

3. OLG. **11** 414 (Dresden). Der Frachtführer kann sich von seiner Haftung gegenüber dem Absender nicht mit dem Einwande befreien, daß mit der Übergabe des Gutes an ihn gemäß § 447 BGB. die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist, der Absender also die Ersatzleistung an den Käufer, die er wegen der mehrere Wochen dauernden Verschleppung des Gutes inzwischen gemacht hat, ohne rechtliche Verpflichtung und nur aus Koulanz bewirkt habe. Der Übergang der Gefahr ist nur von Bedeutung für das Verhältnis zwischen Absender und Empfänger, berührt aber die Ersatzpflicht des Transportübernehmers für Verlust, Beschädigung oder Verzögerung nicht.

§ 433 (§ 455. § 64 EisenbVerkO., Art. 15 Berner FrachtÜb.). 1. *Haase, Besitz und Eigentumserwerb im Falle der Versendung 21, 61. Im Verhältnis zum Transportgut ist der Absender mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB.), der Frachführer sein Besitzmittler, bis am Bestimmungsorte, d. h. dem Orte, an den das Gut dem Inhalte des Frachtvertrags gemäß zu befördern ist, der Frachtbrief dem Empfänger übergeben ist oder der Empfänger gemäß § 435 HGB. Klage auf Übergabe des Frachtbriefs und Auslieferung des Gutes erhoben hat. In diesem Zeitpunkte wird der Empfänger mittelbarer Besitzer und, da mittelbarer Besitz nach § 931 BGB. zur Übertragung des Eigentums genügt, die Einigung vorausgesetzt, auch Eigentümer des Gutes.

2. *Haase, ebenda 32, 61. Bei der Versendung eines Gutes durch die Eisenbahn wird der Empfänger durch Übergabe des Frachtbrief-Duplikats noch nicht mittelbarer Besitzer des Gutes, vielmehr erst mit Übergabe des Frachtbriefs bzw. mit Erhebung der Klage auf Übergabe des Frachtbriefes und Auslieferung des Gutes, mithin auch erst in diesem Zeitpunkte Eigentümer des Gutes.

3. Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 135 (ÖstObGH. Wien). Wenn feststeht, daß der Vorstand der Versandstation entweder unmittelbar oder durch ihm zur Last gelegte Nachlässigkeiten es verschuldet hat, daß das Frachtbriefduplikat von dem K. benutzt werden konnte, ohne daß die wirkliche Absendung des Gutes erfolgt war, dann liegt eine Ordnungswidrigkeit des Stationsvorstehers in bezug auf seine dienstliche Tätigkeit vor, welche geeignet ist, die Haftung der Eisenbahn für einen dem Kläger hieraus entstandenen Schaden zu begründen. Die Haftung der Eisenbahn ist aber gleichwohl nicht gegeben, wenn das mißbräuchlich erschlichene Frachtbriefduplikat jener Angaben entbehrt, welche nach § 455 HGB. (§ 54 EisenbVerkO.) sein Wesen ausmachen und also K. bei ordnungsmäßiger Betrachtung des Frachtbriefduplikats dies hätte erkennen müssen.

4. Hinsichtlich der Passivlegitimation bei Klagen wegen Verletzung der in § 433 HGB. gegebenen Bestimmungen vgl. IDR. **3** Bem. 1 zu § 469 HGB.

§§ 435, 436. (Vgl. EisenbVerkO. §§ 66 u. 67, Berner FrachtÜb. Artt. 16 u. 17). 1. Francke, GoldschmidtsZ. **57** 156. Der Frachtführer ist aus dem Frachtvertrage verpflichtet, vor der Ablieferung oder doch vor Schluß der Ablieferung den Empfänger das Frachtgut besehen, und zwar erforderlichenfalls mit Sachverständigen besehen zu lassen. Will der Frachtführer wider den Willen der Gegenpartei ohne dies abliefern, so ist das keine gehörige Erfüllung des Frachtvertrags. Die Gegenpartei kann dieses Vorgehen zurückweisen und auf gehörige Erfüllung klagen, also insbesondere auf Ablieferung nach vorgängiger Vorweisung bzw. Besichtigung des Gutes durch Sachverständige; sie kann folgeweise in solcher Beziehung geeignetenfalls auch Beweisaufnahmen zur Sicherung des Beweises verlangen. Das gleiche folgt auch aus der Abrechnungsbefugnis, welche dem Empfänger hinsichtlich des Ersatzes für etwa vom Frachtführer zu vertretende Beschädigungen des Frachtguts gegen den Anspruch auf Fracht und Spesen zusteht. Wenn dieses nicht Rechtens wäre, wäre die Vorschrift des § 436 HGB. ungerecht. ⇢ Vgl. dagegen IDR. **2** Bem. 7 zu §§ 435, 436 HGB. — Red. ⇠

2. EisenbE. **21** 363 (HandelsG. Orleans). Der Empfänger ist zur Prüfung der äußeren und inneren Beschaffenheit des Gutes vor der Zahlung der Fracht berechtigt.

§ 437. (§ 70 EisenbVerkO., Art. 24 Berner FrachtÜb.) Rundnagel, EisenbE. **21** 398, wendet sich gegen Senckpiehl, EisenbE. **21** 204 (s. IDR. **3** Bem. 1 zu § 437) und kommt zu dem Ergebnisse: Wenn der Empfänger die ursprünglich ausgesprochene Annahmeverweigerung zurücknimmt, bevor die Benachrichtigung von der Annahmeverweigerung an den Absender abgegangen ist,

so darf ihm das Gut ohne weiteres ausgehändigt werden. Ist dagegen die Benachrichtigung bereits an den Absender abgegangen, so muß der Frachtführer abwarten, bis die Anweisung des Absenders eintrifft. ➸ Vgl. gegen diese Ansicht Rundnagels: JDR. 2 Bem. 1 zu § 437 HGB. Red. ⇽

§ 438. (§ 464; §§ 71, 72 und 90 EisenbVerk.O., Artt. 25 u. 44 Berner FrachtÜb.) 1. DEisenbVerwZtg. **05** 1365 (HandelsG. Prag). Unter „Beteiligten" im Sinne des § 72 EisenbVerkO. (Art. 25 Berner FrachtÜb.) können nur jene Personen verstanden werden, deren Interesse von der Bahnverwaltung aus den Begleitpapieren sofort und verläßlich festgestellt werden kann, also Absender, Empfänger und beteiligter Frachtführer, da ja der Bahn ein jedes andere Mittel, dieses Interesse festzustellen, in der Regel wenigstens abgehen dürfte und eine andere Auslegung der bezüglichen Bestimmungen der Eisenb. VerkO. nur zur Folge haben könnte, daß die Vorweisungspflicht der Bahn einfach jedermann gegenüber bestände.

2. EisenbE. **21** 269, Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **04** 306 (HandelsG. Brüssel). Wenn die Bahn, entgegen dem Art. 25 Berner FrachtÜb., den Beteiligten das Ergebnis der von ihr über den Verbleib des fehlenden Teiles des Gutes angestellten Untersuchung nicht mitgeteilt hat, so kann hierin eine gesetzliche Vermutung für Arglist oder grobe Fahrlässigkeit der Eisenbahn, welche sie zum vollen Schadensersatze verpflichten würde, noch nicht gefunden werden. Denn Art. 25 sagt nicht, daß die Eisenbahn sich der Arglist oder groben Fahrlässigkeit schuldig mache, wenn sie die in diesem Artikel enthaltene Vorschrift nicht pünktlich erfülle. Eine gesetzliche Vermutung, welche nicht ausdrücklich vorgesehen ist, gibt es aber nicht.

3. EisenbE. **22** 24 (BezG. Lemberg). Der Anspruch auf Ersatz der durch die vergeblich versuchte Abholung einer avisierten Sendung dem Empfänger erwachsenen Kosten (§ 69 Abs. 6 EisenbVerkO.) ist ein Anspruch aus dem Frachtvertrage und erlischt daher mit der Annahme des Gutes und Zahlung der Fracht, sofern nicht ein gesetzlicher Ausnahmegrund (grobe Fahrlässigkeit oder Vorbehalt des Empfängers) vorliegt.

4. EisenbE. **21** 280 (KassG. Zürich). Nach Annahme des Gutes und Zahlung der Fracht hat bei später entdeckter Beschädigung des Gutes der Berechtigte zu beweisen, daß der Schaden zwischen der Annahme und der Ablieferung entstanden ist.

5. EisenbE. **21** 384 (ÖstObGH. Wien). Wenn von mehreren auf Grund desselben Frachtbriefs beförderten Gütern einzelne in Verlust geraten sind, so erlöschen durch Zahlung der Fracht und Annahme des (übrigen) Gutes die Ansprüche wegen der in Verlust geratenen Güter nicht.

§ 439. (Vgl. §§ 61 Abs. 4 u. 5, 91 Abs. 5 EisenbVerkO., Artt. 12 Abs. 4 u. 46 Berner FrachtÜb.) *Reindl, EisenbE. **21** 318. Die Eisenbahn kann mit jeder verjährten Forderung gegen den Absender oder Empfänger aus dem Frachtvertrage, also insbesondere mit einer bereits verjährten Frachtnachzahlungsforderung, gegenüber einer Frachtrückforderung des Absenders oder Empfängers aufrechnen, sofern nur die verjährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie der anderen aufrechenbar gegenüberstand (§ 387 BGB.), noch nicht verjährt war. Das gleiche gilt auch für die Aufrechnung verjährter Forderungen des Absenders oder Empfängers gegen die Eisenbahn, soweit in dieser Beziehung nicht durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung etwas anderes vorgeschrieben ist (§ 91 Abs. 5 EisenbVerkO., Art. 46 Berner FrachtÜb.).

§ 452. *Coermann, GruchotsBeitr. **48** 316. § 452 schließt die Anwendung des HGB. auf die Post nicht vollständig aus; §§ 345 ff. gelten, wenn der Auflieferer gewerbsmäßig derartige Versendungen übernimmt. Die Be-

förderungsverträge der Posten und Staatsbahnen sind bürgerlich-, nicht staatsrechtlicher Natur. Abweichend vom Bürgerlichen Rechte tritt die Gebührenzahlungspflicht des Absenders bei Postsendungen schon mit der Auflieferung ein.

Siebenter Abschnitt.
Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen.

§ 455. Vgl. Bem. zu § 433.

§ 456. (Vgl. § 75 EisenbVerkO., Art. 30 Berner FrachtÜb.) 1. Verlust. **a**) EisenbE. **21** 269 (HandelsG. Brüssel). Wenn von 25 Kisten zwei während des Transports verloren gehen, so kann nur der Wert der zwei verlorenen Kisten verlangt werden, nicht aber unter Zurückweisung der angekommenen 23 Kisten der Wert der ganzen Sendung. — **b**) Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 220 (Öst. ObGH. Wien). Die Eisenbahn haftet dem Absender für den durch die Ausfolgung eines unverzollten Gutes an den Empfänger entstandenen Schaden. — **c**) EisenbE. **21** 251 (BezG. Wien). Die Richtigkeit der bahnseitig festgestellten und im Frachtbriefe beurkundeten Gewichtsangabe ist nur durch strikten Gegenbeweis zu widerlegen; die Möglichkeit eines Irrtums bei der Gewichtsfeststellung genügt nicht zur Ablehnung der Haftung. Der Umstand, daß die Sendung alla rinfusa aufgegeben war, rechtfertigt für sich allein noch nicht einen Abgang und ist daher noch nicht als Gegenbeweis in der angegebenen Richtung anzusehen. — **d**) EisenbE. **21** 265 (AppH. Nancy). Gegen die im Frachtbriefe beurkundete Gewichtsangabe ist auch bei plombierten Sendungen Gegenbeweis der Eisenbahn zulässig. — **e**) EisenbE. **21** 261 (KassH. Florenz). Die Eisenbahn kann sich nicht darauf berufen, daß die Verpackung des Gutes bei der Annahme zur Beförderung gut und die Bahn daher nicht in der Lage gewesen sei, zu erkennen, ob das Gut selbst nicht beschädigt war, daß also der Absender den Beweis zu liefern habe, daß das Gut bei der Aufgabe noch unversehrt war. Denn Art. 30 Berner FrachtÜb. mache keinen Unterschied zwischen dem Gute und der Verpackung in der Weise, daß die Vermutung für die Haftbarkeit der Bahn auszuschließen wäre, wenn das Gut im Augenblicke der Übernahme gut verpackt war und der Zustand desselben infolge der guten Verpackung von ihr nicht habe geprüft werden können. ➵ Die Richtigkeit dieser Entscheidung wird zu bezweifeln sein. Wenn auch die Vermutung dafür sprechen wird, daß bei äußerlich guter Verpackung auch das Gut selbst im Zeitpunkte der Aufgabe unbeschädigt war, so wird im Bestreitungsfalle doch der Absender den Beweis zu erbringen haben, daß das Gut wirklich unversehrt aufgegeben wurde, da die Eisenbahn nur für den in der Zeit zwischen der Annahme zur Beförderung und der Ablieferung entstandenen Schaden haftet, der Absender also beweispflichtig dafür ist, daß der Schaden erst in dieser Zeit entstanden ist. Red. ⇠ **f**) Bezüglich der Haftung aus § 823 BGB. in dem Falle, wenn das Gut einem Dritten unberechtigterweise ausgehändigt wurde, vgl. Bem. 1 zu § 429.

2. Höhere Gewalt. — **a**) *Brunner, Die Haftung nach bürgerlichem Rechte und die höhere Gewalt. Der Begriff der höheren Gewalt deckt sich nicht vollständig mit dem Begriff des unabwendbaren Zufalls. Unter letzterem ist jedes „unverschuldete" Ereignis zu verstehen. Zur Annahme höherer Gewalt dagegen gehört: α. ein in seinem Ursprung unverschuldetes, d. h. zufälliges Ereignis (casus), das β. sich in seinem Wesen nicht als eine überwiegend unmittelbare Folge der in der Ausführung des Betriebs oder in dessen technischen Bedürfnissen selbst schon begründet liegenden Fährlichkeiten darstellt (vis extraria), und das, γ. einmal eingetreten, den aus seinem Hineinwirken in den fraglichen Betrieb resultierenden schädigenden Erfolg, jedem unter normalen Verhältnissen überhaupt nur möglichen Widerstand oder sonstigem persönlichen Ein-

greifen des an und für sich Haftpflichtigen zum Trotze, herbeiführen muß (vis cui resisti non potest). Was den Punkt zu γ anlangt, so hat die Frage der Abwendbarkeit mit dem Begriffe der höheren Gewalt nichts zu tun; die Unabwendbarkeit ist vielmehr nach dem allgemeinen Maßstabe der Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers, die Unüberwindbarkeit aber aus dem Ereignisse selbst heraus zu beurteilen. — **b)** EisenbE. **21** 293 (Handels- u. WechselG. Budapest). Streik der Leute der Eisenbahn begründet nicht die Einrede der höheren Gewalt. — **c)** Ebenso: Schweizer BundesG. (EisenbE. **17** 319) und Tribunal Mailand (EisenbE. **20** 113). — **d)** EisenbE. **21** 236 (AppH. Paris). Streik der Angestellten der Eisenbahn kann als ein Fall höherer Gewalt angesehen werden, wenn der Ausstand von der Bahngesellschaft nicht verschuldet wurde und erwiesen wird, daß der Ausstand ein allgemeiner war, daß die direkt feindselige Haltung einer Anzahl Streikender jeden Versuch einer gütlichen Beilegung ausschloß und deshalb der Ausstand den weiteren Betrieb des Dienstes durch die Bahngesellschaft unmöglich gemacht hat. — **e)** Bezüglich der Haftung der Eisenbahn wegen Lieferfristüberschreitung infolge Streiks vgl. Bem. 1 zu § 466. — **f)** Baumgarten, EisenbE. **21** 328, bespricht die rechtlichen Folgen des Streiks von Angestellten der Eisenbahnen hinsichtlich Haftung der letzteren wegen Verlustes oder Beschädigung des Gutes sowie wegen Lieferfristüberschreitung und wegen der Annahme zur Beförderung, ohne jedoch zu diesen Fragen eine bestimmte Stellung einzunehmen. — **g)** Goldschmied, EisenbE. **22** 102. Der unbezwingbare Streik, d. i. ein solcher, welcher zufolge seiner Ausdehnung und seines Charakters auf einem bestimmten Gebiete oder in einem bestimmten Industriezweige es unmöglich macht, daß der Unternehmer zur Ausführung der Arbeit Arbeiter anstellt, ist bezüglich der Verantwortlichkeit des Unternehmers, der die Ausführung einer Arbeit übernahm, als höhere Gewalt anzusehen. ➠ Ob mit dieser Begriffsaufstellung des „unbezwingbaren" Streiks juristisch etwas anzufangen ist, möchte jedenfalls sehr zweifelhaft sein. Red. ⟵

§ 457. Abs. 3. (Vgl. §§ 31 Abs. 2, 36 Abs. 3, 88 EisenbVerkO.) **RG.** Arch. f. Eisenbahnw. **05** 957, EisenbE. **22** 28. Als grobe Fahrlässigkeit ist es zu erachten, wenn auf dem Koffer sich eine große, deutliche, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit nicht zu übersehende Adresse des Klägers mit der Angabe seines Aufenthaltsorts befunden hat, der Bahnbeamte, dem der Koffer als verschleppt ausgehändigt wurde, es aber trotzdem unterlassen hat, telegraphisch an dem Aufenthaltsorte des Adressaten anzufragen und hierdurch die verspätete Ablieferung des Koffers verschuldete. Die Eisenbahn kann sich in diesem Falle auch nicht darauf berufen, daß an der Seitenwand des Koffers noch zwei ältere Beklebungen angebracht waren, weil diese als ältere, jetzt nicht mehr maßgebende Beförderungszeichen leicht erkennbar waren und daher ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Vorhandensein der älteren Beklebungen und dem Verschulden des die Anfrage unterlassenden Beamten nicht als gegeben erachtet werden könne.

§ 458. (Vgl. §§ 7 u. 9 EisenbVerkO., Artt. 11 u. 29 Berner FrachtÜb., ferner JDR. **2** Bem. 4 zu § 458 HGB. — **a)** EisenbE. **22** 5 (BezG. Wien). Die Bahn haftet für Handlungen ihrer Leute, welche vor oder nach Abschluß des Frachtvertrags vorgekommen sind, also vor Annahme des Gutes zur Beförderung oder nach dessen Ablieferung an den Empfänger, nicht. Die Eisenbahn hat daher auch eine unrichtige Erteilung von Auskünften über die Höhe der Fracht durch ihre Leute nicht zu vertreten. Die Nichthaftung für eine falsche Auskunft über die Tarife ergibt sich übrigens schon aus § 7 EisenbVerkO. (Artt. 11 Berner FrachtÜb.), weil nach dieser Bestimmung die Berechnung der Transportpreise nur nach Maßgabe der bestehenden, gehörig veröffentlichten Tarife erfolgen darf und demzufolge der Absender die Pflicht hat, die Tarife zu prüfen und sich

nur auf die veröffentlichten Tarife zu verlassen, daher nicht durch die falsche Auskunft, sondern durch eigenes Verschulden den Schaden erlitten hat. — **b)** Brückner, R. **05** 330 (s. a. BGB. § 276 Ziff. 6ad). Den staatlichen oder privaten Eisenbahnunternehmungen obliegt infolge des Beförderungsvertrags die Pflicht, die zum Transporte bestimmten Wagen sowohl als auch die zum Aufenthalte der Passagiere dienenden Perrons und die zum Abgange vom Bahnhofe benützten Wege in verkehrssicherem Zustande zu erhalten, insbesondere diese Wege bei Glatteis bestreuen zu lassen, so daß die fahrlässige Verabsäumung dieser Pflicht und die dadurch herbeigeführte Beschädigung eines Passagiers sie haftbar macht. Verschulden ihrer Organe hat sie nach § 278 BGB. zu vertreten. Überwiegendes Verschulden des Beschädigten ist aber dabei vorhanden und daher die Haftung der Bahn ausgeschlossen, wenn z. B. der Inhaber einer Bahnsteigkarte gegen die Vorschrift des § 21 Abs. 5 EisenbVerkO. die bei Glatteis nicht gehörig bestreuten, aber abgesperrten Teile des Bahnhofs betreten hat und dabei zu Fall kam. Vgl. auch IDR. **3** Bem. 1 zu § 458 HGB. u. zu § 9 EisenbVerkO.

§ 459. (Vgl. § 77 EisenbVerkO., Art. 31 Berner FrachtÜb.) 1. EisenbE. **22** 1 (OLG. Wien). Wenn die Verladung der Sendung tarifgemäß dem Absender obliegt, so haftet die Eisenbahn für den Schaden, der durch das Reißen einer beim Aufladen benutzten, der Eisenbahn gehörigen eisernen Kette entsteht, nicht, weil die Beurteilung der Frage, ob ein zur Verfügung stehendes Befestigungsmittel zu dem bestimmten Zwecke verwendbar ist, in den Rahmen der Tätigkeit der Aufladeorgane fällt, so daß tatsächlich das ganze Verladegeschäft auf Gefahr des Absenders besorgt wird. Vgl. die anders lautende Entsch. d. RG., IDR. **3** Bem. 2a zu § 459 HGB.

2. OLG. **11** 415 Anm. 1 (Karlsruhe). Den Leuten der Eisenbahn lag die Pflicht ob, den Wagen, der unmittelbar vorher mit Kalk beladen war und vom Kläger zur Beförderung von Zinkblechen benutzt werden sollte, mit größter Sorgfalt zu reinigen, da — wie jene gleichfalls wußten — die Zinkbleche durch etwa im Wagen zurückgebliebene Kalkreste Schaden leiden konnten. Die Leute des Absenders trifft daher kein Mitverschulden, wenn sie die Nachreinigung unterließen.

§ 460. (Vgl. § 78 EisenbVerkO., Art. 32 Berner FrachtÜb.) 1. ÖstVBl. f. Eis. u. Schiff. **05** 2161 (ObGH. Wien): Ein Abzug für Kalo im Sinne des § 78 EisenbVerkO. ist bei teilweise beraubten Sendungen zulässig, wenn nicht erwiesen ist, daß der ganze konstatierte Abgang auf Beraubung beruht.

2. EisenbE. **22** 67, Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 243 (BezG. f. Handelss. Wien). Die Haftbeschränkung des § 78 EisenbVerkO. kommt bezüglich des 1- bzw. 2prozentigen Kalos der Eisenbahn auch dann zustatten, wenn bei einem den Normalsatz übersteigenden Manko erwiesenermaßen eine von der Eisenbahn zu vertretende Ursache mitgewirkt hat, ohne daß sich aber feststellen ließe, ob das ganze Manko auf diese Ursache zurückzuführen ist.

§ 466. (Vgl. §§ 63, 86, 87 EisenbVerkO., Artt. 38, 40 Berner FrachtÜb.) 1. ÖstVBl. f. Eis.- u. Schiff. **05** 2205, DEisenbVerwZtg. **05** 666, EisenbE. **21** 395 (ÖstObGH. Wien). Ein den Verkehr zeitweilig total unterbindender Streik der Eisenbahnangestellten ist als ein Ereignis zu erachten, welches die Eisenbahn weder herbeigeführt hat noch abzuwenden vermochte, und schließt daher die Haftung der Bahn für die Verspätung, welche die Güter dadurch erlitten haben, aus. Im übrigen ist ein solcher Streik hinsichtlich der Haftung für Lieferfrist einer ohne Verschulden der Eisenbahn eingetretenen Betriebsstörung im Sinne des § 63 Abs. 6 EisenbVerkO. gleich zu erachten, wonach der Lauf der Lieferfrist für die Dauer des Streiks zu ruhen hat. — Vgl. auch Bem. 2b, c u. d zu § 456 HGB.

2. Bezüglich der Haftung für Lieferfrist bei Sonderzügen vgl. Bem. 2 zu § 429 HGB.

3. Vgl. bezüglich der Haftung bei Nichtbeförderung in Schnellzügen Bem. 5b zu § 426.

§ 470. (Vgl. § 61 EisenbVerkO., Art. 12 BernerFrachtÜb.) 1. OLG. **10** 346, EisenbE. **21** 277, R. **04** 634 (Kassel). Die Vorschrift des § 470 findet auch auf solche Ansprüche Anwendung, die vor dem 1. 1. 00 entstanden sind, wenn die einjährige Verjährungsfrist unter der Herrschaft des neuen HGB. zur Zeit der Klagerhebung bereits abgelaufen war. Dies folgt aus dem durch das BGB. nicht geänderten allgemeinen Grundsatze, daß eine durch ein neues Gesetz eingeführte Verjährungsfrist jedenfalls dann ausschließlich maßgebend ist, wenn die ganze Verjährungsfrist unter der Herrschaft des neuen Gesetzes abgelaufen ist.

2. **RG.** EisenbE. **22** 74, R. **05** 624. § 470 HGB. ist nicht anwendbar, wenn der Anspruch auf Nachzahlung von Fracht nicht bloß auf unrichtige Anwendung des Tarifs, d. h. auf versehentliche Anwendung desselben auf nicht darunter fallende Güter, sondern darauf gestützt wird, daß die unrichtige Tarifierung durch falsche Deklaration des Gutes, durch vorsätzliche Herbeiführung eines Irrtums über seine Beschaffenheit, herbeigeführt ist. Hat aber der Absender die unrichtige Bezeichnung in gutem Glauben gewählt, namentlich die Bahnverwaltung trotz Kenntnis von der Natur des Gutes die bisherige Bezeichnung zugelassen, so handelt es sich in Wirklichkeit um Anwendung eines bestimmten Tarifs auf ein Gut, das darauf keinen Anspruch hat, und es ist dann der Fall des § 470 HGB. gegeben.

3. EisenbE. **22** 27 (BezG. f. Handelss. Wien). Wenn die Eisenbahn einen gültigen Tarif richtig angewendet hat, die Fracht nach diesem Tarife sich aber für den Frachtzahler ungünstiger stellt als nach einem anderen Tarife, dessen Anwendung nachträglich begehrt wird, so liegt nicht der Fall des § 470 HGB. vor, bzw. handelt es sich nicht um einen Frachterstattungsanspruch, sondern um nachträgliche Anwendung eines billigeren Tarifs.

4. EisenbE. **22** 34, Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 217 (ÖstObGH. Wien). Der Frachtzuschlag hat den Charakter einer Tarifgebühr, sobald seine Berechnung nach der Höhe des Transportpreises erfolgt. Die unrichtige Erhebung des Frachtzuschlags muß daher in diesem Falle als unrichtige Anwendung des Tarifs angesehen werden, so daß ein Anspruch auf Rückersatz eines solchen unrichtig erhobenen Frachtzuschlags in einem Jahre verjährt. Vgl. auch Bem. Ziff. 6a u. b zu § 426 HGB. ➵ Diese Auffassung erscheint nicht richtig. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb die rechtliche Natur des Frachtzuschlags von der Art seiner Berechnung abhängig und warum sie eine andere sein soll, wenn der Zuschlag das Vielfache der Fracht beträgt, als dann, wenn er in einem gesetzlich fixierten Betrage besteht (z. B. 12 M. für das Kilogramm). Man braucht sich nur die Konsequenzen einer solchen Unterscheidung klar zu machen, um ihre Unrichtigkeit sofort zu erkennen. Red. ⇜

5. EisenbE. **21** 289 (BezG. f. Handelss. Wien). Auf Schadensersatzansprüche auf Grund des § 51 lit. l. EisenbVerkO. (Versehen in der Routenwahl) finden die in der VerkO. enthaltenen besonderen Bestimmungen über Verjährung keine Anwendung. Denn in diesen Fällen liegt keine unrichtige Anwendung des Tarifes vor, es wurde vielmehr ein richtiger Tarif angewendet.

Eisenbahnverkehrs-Ordnung im einzelnen.

§ 7. (Vgl. Art. 11 BernerFrachtÜb.) **a)** AllgTarifAnz. **05** 250, EisenbE. **21** 387 (ÖstObGH. Wien). Die Einrede, daß der Tarif, auf Grund dessen die Eisenbahn Nachzahlung einer Frachtdifferenz verlangt, nicht gehörig kundgemacht

sei, wird dadurch ausgeschlossen, daß die Partei auf die Aufforderung der Eisenbahn zur Nachzahlung bereits Teilzahlung geleistet hat. ➠ Die Richtigkeit dieser Entscheidung wird mit Recht von der Redaktion des Allgem. Tarifanzeigers und von Eger bezweifelt, da die Gültigkeit eines Tarifs nicht Gegenstand privater Vereinbarung sein kann. Red. ⟵ — **b**) Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 175 (UngKur. Budapest). Die geheime Abmachung, daß ein Verfrachter die von der Bahn publizierte Frachtvergünstigung nicht in ihrem vollen Umfange in Anspruch nehmen und von den zu dem ermäßigten Frachtsatze abgefertigten Gütern 2 Kr. pro 100 Kilogramm wieder an die Bahn zurückvergüten werde, verstößt weder gegen das Prinzip der Öffentlichkeit der Tarife noch schädigt sie das Gemeinwohl. ➠ Die Richtigkeit dieser Auffassung möchte erheblichem Zweifel begegnen. Red. ⟵

§ 10. **RG.** JW. **05** 484. Der Personenbeförderungsvertrag ist ein Werkvertrag; § 631 BGB. versteht unter einem „Werk" nicht bloß die Herstellung oder Veränderung einer Sache, nicht bloß eine materielle Produktion, sondern überhaupt jeden durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg, also auch einen immateriellen Erfolg. Wird nur ein mangelhafter Erfolg herbeigeführt, so leidet das Werk, nämlich der herbeigeführte Erfolg, an einem Mangel. Ein solcher Mangel des Werkes, des herbeizuführenden Erfolges, ist beim Personenbeförderungsvertrag auch der Umstand, daß durch die Art und Weise der Vornahme der Beförderung der Reisende verletzt wird. Auf einen solchen Mangel ist daher § 638 BGB. bezüglich der Verjährung anwendbar. Vgl. auch Bem. a zu § 12 EisenbVerkO.

§ 12. **a**) **RG.** JW. **05** 426. Die Eisenbahnfahrkarte ist ein Inhaberpapier im Sinne des § 807 BGB. Ob man in ihrer Lösung den Kauf eines solchen finden kann, kommt hier nicht in Betracht. Die Eisenbahn verpflichtet sich zur Beförderung einer Person von Ort zu Ort; die Erreichung dieses Erfolges geschieht durch Hergabe von Beförderungsmitteln und Leistung von Diensten; es handelt sich somit um den Gegenstand eines Werkvertrags. Anspruch hierauf hat nach der EisenbVerkO. der Inhaber der Karte, und zwar, da der Inhalt des Vertrags nur auf die Beförderung einer Person gerichtet ist, lediglich der Inhaber, der auf Grund der Karte die Reise angetreten hat. Wer eine Fahrkarte löst, erwirbt allerdings mit dieser den Anspruch auf Beförderung; er verliert ihn aber, wenn er die Karte einem anderen überläßt oder wenn ein anderer mit ihr die Reise antritt; dann ist nur der letztere derjenige, welcher gegen die Eisenbahn Anspruch aus dem Beförderungsvertrag erheben kann; nur er steht zur Eisenbahn in einem Vertragsverhältnisse. Hiernach ist selbst dann, wenn der Kläger (Ehemann) beide Karten gelöst, bezahlt und stets bei sich behalten hat, auch seine mit ihm fahrende Frau in ein selbständiges, von dem des Klägers (Ehemanns) rechtlich verschiedenes Vertragsverhältnis zur beklagten Eisenbahn getreten, da sie eine der beiden Fahrkarten benutzte. Aus der Verletzung dieses Vertragsverhältnisses könnte nur sie (die Ehefrau) Rechte gegen die Eisenbahn ableiten; sie hat aber einen Schaden, da sie getötet worden ist, nicht erlitten, nur das Fahrgeld könnten ihre Erben zurückfordern. — **b**) **RG.** JW. **05** 548. Das Kilometerheft ist nichts anderes als eine besondere Art der Fahrkarte; die Eigenschaft der letzteren, soweit sie staatlich ist, als öffentliche Urkunde hat das RG. wiederholt anerkannt; für die im Bereiche der badischen Staatsbahnen ordnungsgemäß ausgestellten Kilometerhefte gilt also das gleiche. Vgl. auch Bem. zu § 32 EisenbVerkO. — **c**) EisenbE. **21** 246 (ÖstObGH. Wien). Wegen Betrugs kann verantwortlich werden, wer sich einer Eisenbahnfahrkarte, welche bis zu der amtlich auf derselben vermerkten Fahrtunterbrechung von einer anderen Person benutzt wurde, zu der jener Person allein zustehenden Fortsetzung der

Fahrt bedient, sofern die Übertragung eines derartigen Fahrbillets an dritte Personen verboten ist.

§ 26 Abs. 7. EisenbE. **22** 8 (ÖstObGH. Wien). Die Unterlassung der Eisenbahn, eine auf einer ihr gehörenden Strecke eingetretene Betriebsstörung auf sämtlichen Stationen ihres Bahnnetzes bekannt zu machen, begründet keine Ersatzpflicht der Eisenbahn für den dem Reisenden aus der Unkenntnis einer solchen Verkehrsstörung entstandenen Schaden. Ebensowenig kann eine Haftung der Eisenbahn für die an den Schaltern den Reisenden erteilten bloßen Auskünfte über Verkehrsstörungen aus den Bestimmungen der EisenbVerkO. abgeleitet werden.

§ 32 Abs. 2. **RG.** JW. **05** 244, EisenbE. **21** 385. Gepäckscheine sind ebenso wie die Fahrkarten öffentliche Urkunden. Vgl. Bem. b zu § 12 EisenbVerkO.

§ 38. Vgl. § 978 BGB. — **a)** SächsA. **15** 252, EisenbE. **22** 12 (Dresden). Die Verwahrungspflicht der Eisenbahn für den von dem Fahrgast im Wagen zurückgelassenen Gegenstand bildet einen Teil des Transportvertrags. Die Eisenbahn erlangt die Verwahrung, sobald der Schaffner den Gegenstand für sie an sich nimmt. Sie hat daher auf Grund des Transportvertrags auch das Verschulden des Schaffners bezüglich der Aufbewahrung zu vertreten (§ 278 BGB.). Die Eisenbahn haftet daher, wenn der Schaffner den gefundenen Gegenstand einem unberechtigten Dritten sorgloserweise aushändigt, für den durch den Verlust des Gegenstandes dem rechtmäßigen Eigentümer entstandenen Schaden und kann sich zu ihrer Entlastung nicht auf § 831 BGB. berufen. — **b)** W., DEisenb. VerwZtg. **05** 1273. Da durch die Bekanntmachungen, welche sich in den Geschäftsräumen der Eisenbahn befinden, die Reisenden aufgefordert werden, gefundene Gegenstände an die in den Bekanntmachungen näher bezeichneten Bediensteten abzuliefern, so sind *diese* Bediensteten den Reisenden, d. i. den Findern, gegenüber zu Vertretern der Verkehrsanstalt insoweit bestellt, und ist daher im Hinblick auf § 167 und § 171 BGB. mit der Ablieferung an diese Bediensteten der Verwahrungsvertrag mit allen seinen Rechtsfolgen zustande gekommen, so daß die Eisenbahn für diese Bediensteten als ihre Vertreter gemäß § 278 BGB. haftet, wenn durch deren Verschulden der Verlust oder die Beschädigung des gefundenen Gegenstandes eintritt. — **c)** *Nehse*, DEisenbVerwZtg. **05** 1057, 1514 führt aus, daß die Eisenbahn für die ihrem Personal übergebenen, von Dritten in den Räumen oder Beförderungsmitteln der Eisenbahn gefundenen Gegenstände nach Maßgabe des § 690 BGB. (unentgeltliche Aufbewahrung) hafte und, da sie in eigenen Angelegenheiten jede Fahrlässigkeit vermeide, tatsächlich im vorliegenden Falle, ohne daß ein Vertragsverhältnis bestehe, für jede Fahrlässigkeit aufzukommen habe, wobei § 278 analoge Anwendung zu finden habe. Er findet diese strenge Haftung zu weitgehend und befürwortet de lege ferenda eine Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

§ 62. (Art. 13 Berner FrachtÜb.) Zeitschr. f. d. IntEisenbTr. **05** 177, EisenbE. **21** 365 (KassH. Rom). Die verspätete Rücksendung eines Nachnahmebegleitscheins an die Versandstation durch die Bestimmungsstation verpflichtet die Eisenbahn wegen Nichterfüllung einer besonderen Klausel des Transportvertrags zum Ersatze des durch die verspätete Rücksendung dem Absender erwachsenen Schadens.

Viertes Buch. Seehandel.

Vorbemerkung: Im Berichtsjahr ist der Kommentar von *Schaps* bis zu § 733 fortgeschritten. An sonstigen literarischen Erscheinungen sind verschiedene Erörterungen zu den auf sozialpolitischen Erwägungen beruhenden Bestimmungen der SeemannsO. von 1902 (insbes. §§ 34 ff.) bemerkenswert. Diese sehr kasuistisch ausgestalteten Bestimmungen scheinen auch den Gerichten vielfach Schwierigkeiten zu bereiten. Besonders hin-

zuweisen ist sodann auf Wüstendörfers Studien zur modernen Entwicklung des Seefrachtvertrags, ein Werk, von dem im Berichtsjahre zwei Hefte erschienen sind, während ein drittes noch zu erwarten ist. Das erste Heft gibt eine treffliche zusammenfassende Darstellung der Umwälzungen, die das Seefrachtgeschäft in seinen wirtschaftlichen Grundlagen seit der Schaffung des AllgDHGB. erfahren hat. Das zweite Heft beschäftigt sich mit der Rechtsentwickelung des Chartervertrags und des Stückgutvertrags und gelangt bezüglich der Auslegung der §§ 510 und 662 HGB. vielfach zu neuen, beachtenswerten Ergebnissen. Im übrigen waren im Berichtsjahre fast nur Rechtssprüche des RG. und des HansOLG. zu verzeichnen. Als besonders wichtig seien hier zwei Entscheidungen des RG. hervorgehoben, die zu § 651 erwähnte (falsche Datierung des Konnossements), deren rechtliche Begründung angesichts der gesetzlichen Bestimmungen zu erheblichen Bedenken Anlaß geben kann (Boyens II 340, Schaps zu § 643 Anm. 11), und die zu § 702 mitgeteilte (Wirkung konnossementsmäßiger Freizeichnung bei großer Haverei), in der das RG. zum ersten Male zu einer in der Literatur seit jeher streitigen Frage Stellung nehmen mußte.

Zweiter Abschnitt. Reeder und Reederei.

§ 496. **RG. 58** 198. Wenn die Reederei eine außergewöhnliche Reparatur unter Zugrundelegung eines bestimmten Kostenanschlags beschlossen hat, so darf der Korrespondentreeder eine bedeutende Überschreitung des Kostenanschlags nicht genehmigen, ohne zuvor einen erneuten Beschluß der Reederei herbeizuführen.

§ 499. In SeuffA. **60** 127 bekämpft der Einsender S—n das in JDR. 3 II 112 mitgeteilte Urteil des OLG. Hamburg und verteidigt gegen Boyens die auch von Wagner und Schaps vertretene Ansicht, daß der Korrespondentreeder, auch wenn ein Majoritätsbeschluß der Mitreeder nicht vorliegt oder nicht zu erreichen ist, jedem einzelnen Mitreeder aus dem Mandatsverhältnisse zur Rechnungslegung verpflichtet sei, insbesondere in den im § 502 Abs. 2 vorgesehenen Fällen.

§ 501. **RG. 58** 199. Ist nach Beendigung einer Reise die Reparatur des Schiffes unter Zugrundelegung eines bestimmten Kostenanschlags beschlossen worden, stellt sich aber später heraus, daß die Reparatur nur mit einer bedeutenden Überschreitung des Kostenanschlags durchführbar ist, so kann der Mitreeder, der diese Überschreitung nicht genehmigt hat, das Abandonrecht aufs neue ausüben, und zwar mit der Wirkung, daß er auch von der auf ihn fallenden Einzahlung zu der ursprünglich genehmigten Summe befreit wird; letzteres deswegen, weil die ursprüngliche Genehmigung unter der selbstverständlichen Voraussetzung erteilt war, daß die Summe ausreichen würde, die Reparaturarbeiten zu vollenden. — Die im Abs. 2 vorgeschriebene gerichtliche oder notarielle Kundgebung der Abandonerklärung kann auch schon vor der Mitteilung des Beschlusses wirksam abgegeben werden.

Dritter Abschnitt. Schiffer.

§ 511. **RG. 58** 150. Nach allbekannter Übung ist der Schiffsmakler Vertreter des Reeders und zwar als Substitut des Schiffers. Dies gilt insbesondere auch, insoweit der Schiffsmakler die Fracht einzieht. Ohne Zustimmung des Schiffers oder Reeders darf der Schiffsmakler demnach die einkassierte Fracht nicht an den Unterverfrachter abliefern. — Der Auftrag, für das Schiff als Makler zu handeln, wird erteilt und übernommen dadurch, daß der Schiffer dem Makler die Schiffspapiere aushändigt. Ob die Auswahl des zugezogenen Schiffsmaklers auf einer vom Schiffer befolgten Anweisung des Unterverfrachters beruht, ist für die rechtliche Stellung des Schiffsmaklers ohne Bedeutung.

§ 526. Wittich, GoldschmidtsZ. **57** 161 ff. Abs. 2 muß dahin verstanden werden, daß der Schiffer kraft seiner Anstellung zur Vornahme der Rechtsge-

schäfte und Rechtshandlungen befugt ist, welche die Herbeiführung der gehörigen Bemannung des Schiffes, also die Annahme einer endgültig ausreichenden und tauglichen Schiffsmannschaft mit sich bringt. Er ist daher auch im Heimatshafen gegebenenfalls selbständig berechtigt, angenommene Schiffsleute wieder zu entlassen.

§ 527. **RG. 58** 194. Subjekt der Rechte und Pflichten, die aus einem Vertrag erwachsen, den der Schiffer innerhalb seiner gesetzlichen Vertretungsmacht abgeschlossen hat, ist stets der Reeder, auch dann, wenn er (§ 486 Nr. 1) für die Obliegenheiten aus dem Vertrage nicht „persönlich", sondern nur mit Schiff und Fracht einzustehen hat. Nur als Vertreter des Reeders handelt der Schiffer im Bereiche seiner Vollmacht. Da niemand mit sich selbst einen Vertrag schließen kann, so folgt hieraus, daß ein Vertrag zwischen dem Schiffer als Vertreter des Reeders und dem Reeder selbst rechtlich unmöglich ist und ebenso ein Vertrag zwischen mehreren Schiffern desselben Reeders.

§ 530. Vgl. bei § 873.

§ 553a. (Nov. v. 2. 6. 02.) HansGZ. **05** Hptbl. 110 (Hamburg). Der Anspruch des erkrankten Schiffers auf Fortbezug der Heuer während des Aufenthalts in einer Krankenanstalt besteht, solange die im § 553 geordnete Fürsorgepflicht des Reeders dauert und ohne Rücksicht darauf, ob das Dienstverhältnis infolge der Erkrankung gelöst ist.

Vierter Abschnitt. Frachtgeschäft zur Beförderung von Gütern.

§ 593. HansGZ. **05** Hptbl. 52 (Hamburg). Durch die Klausel to proceed to (Hamburg) or so near thereunto as she may safely get wird eine Abänderung des Reisezieles dahin vereinbart, daß sich das Schiff, wenn die Wasserverhältnisse ihm ein Anlaufen des Bestimmungshafens ohne Gefährdung seiner Sicherheit nicht gestatten, dem Hafen nicht weiter zu nähern braucht, als die Sicherheit des Schiffes dies erlaubt. Liegen diese streng zu nehmenden Voraussetzungen vor, so muß der Empfänger die ganze Ladung am Liegeplatze des Schiffes in Empfang nehmen, und die Kosten der Leichterfahrzeuge treffen ihn, weil sie Kosten der Empfangnahme sind. Die Voraussetzungen der Klausel liegen aber dann nicht vor, wenn sich das Schiff dadurch, daß es einen Teil der Ladung leichtert, tatsächlich in den Stand setzen kann, den Bestimmungshafen gefahrlos zu erreichen. Darüber, daß der Verfrachter in einem solchen Falle von Kosten frei sein solle, die aufgewendet werden müssen, um das Schiff gefahrlos an den Bestimmungsplatz zu bringen, sagt die Klausel ebensowenig etwas, wie darüber, daß der Empfänger verpflichtet sein solle, sich auf eine Abnahme von Teilen der Ladung außerhalb des Bestimmungsplatzes einzulassen.

§ 622. SeuffA. **60** 241 (Hamburg und RG.). Ist ein Schiff auf festbestimmte Zeit gechartert, so hat der Verfrachter eine mäßige Überschreitung der vereinbarten Zeit innerhalb billiger Grenzen gegen Zahlung einer entsprechend erhöhten Fracht zu gestatten.

§ 651. **RG. 58** 231. In der Datierung des Konnossements liegt gegenüber jedem Erwerber die vertragsmäßige Erklärung, daß er sich auf die Richtigkeit des angegebenen Datums verlassen könne, das Gewährversprechen für die Folgen einer irrigen Datierung aufkommen zu wollen, so daß gegebenenfalls der Erwerber des Konnossemens so zu stellen ist, wie er stehen würde, wenn das Konnossement richtig datiert worden wäre.

§ 652. **RG. 58** 231. Unter „Bezeichnung" der Güter ist nur die Bezeichnung nach Merkmalen zu verstehen, die den Gütern vermöge eigener Beschaffenheit anhaften, an ihnen selbst erkennbar sein sollen. Das Datum des Konnossements kann als eine solche Bezeichnung auch dann nicht angesehen werden,

wenn der Handel in der betreffenden Ware auf den Abladungsmonat Wert legt und die Ware hiernach unterscheidet.

§ 662. 1. **RG. 59** 115. Es besteht kein Grund, die Vorschrift des Abs. 1 auf den Fall einzuschränken, daß der Unterbefrachter das Gut selbst an den Führer des vom Unterverfrachter gecharterten Schiffes abliefert, vielmehr greift sie auch dann Platz, wenn dies vom Unterverfrachter selbst bewirkt wird, wie es bei Umladungen auf Durchkonnossemente zu geschehen pflegt.

2. Wüstendörfer. Die Vorschrift des Abs. 1 ist einschränkend dahin auszulegen, daß die Reederhaftung nur dann Platz greift, wenn der Unterfrachtvertrag unter ausdrücklicher oder stillschweigender Bezugnahme auf einen Hauptfrachtvertrag abgeschlossen ist. Insbesondere kann die Vorschrift dann keine Anwendung finden, wenn sich ein Transportübernehmer die Dienste des fremden Schiffes, womit der Transport ausgeführt wird, seinerseits nicht auf Grund eines Frachtvertrags, sondern durch Miete oder Leihe verschafft hat (ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Ausrüsterverhältnisses, § 510, vorliegen). In einem solchen Falle haftet auch nach Annahme der Güter und Ausstellung des Konnossements durch den Schiffer der Reeder für die Ausführung des Frachtvertrags überhaupt nicht, sondern allein der Verfrachter, dieser aber persönlich und unbeschränkt.

3. Stellung des Schiffsmaklers bei der Unterverfrachtung s. bei § 511.

Siebenter Abschnitt. Haverei.

Erster Titel. Große (gemeinschaftliche) Haverei und besondere Haverei.

Vgl. BinnenSchG. zu § 78.

§ 702. RG. 60 402. Fordert der Reeder von den Ladungsbeteiligten die Vergütung für den ihm entstandenen Schaden, so steht der Umstand, daß die gemeinsame Gefahr für Schiff und Ladung durch ein Verschulden der Schiffsbesatzung herbeigeführt ist, dann dem Anspruche nicht entgegen, wenn sich der Reeder in den Konnossementen von der Haftung für nautische Versehen der Schiffsbesatzung freigezeichnet hat. (Ebenso Brodmann; aM. Boyens und Ulrich-Brüders.)

Zweiter Titel. Schaden durch Zusammenstoß von Schiffen.

§ 738. SeuffA. **60** Nr. 82 (Kiel). Der Grund der Gesetzesbestimmung ist der, daß es eine ungerechtfertigte Härte sein würde, wenn der Reeder für das Versehen einer Person haften soll, deren Wahl und Aufnahme an Bord nicht in seinem oder des Schiffers Belieben gestanden hat, sondern ihm durch die in den betreffenden Gewässern geltenden Gesetze aufgezwungen ist. Deshalb soll, wenn in solchem Falle sich ein durch den aufgezwungenen Lotsen verschuldeter Zusammenstoß ereignet, die Haftbarkeit des Reeders als durch höhere Gewalt aufgehoben gelten. Jener Grund trifft aber in gleicher Weise zu, wenn dem Schiffer, wie es nach der Betriebsordnung für den Kaiser Wilhelm-Kanal der Fall ist, die Benutzung eines Zwangsschleppers auferlegt wird, der die nautische Leitung zu übernehmen hat. Daher kann auch in diesem Falle der Reeder (oder Schiffseigner) des geschleppten Schiffes für den Schaden nicht verantwortlich gemacht werden, der durch einen vom Führer des Zwangsschleppers verschuldeten Zusammenstoß entstanden ist.

Achter Abschnitt. Bergung und Hilfeleistung in Seenot.

§ 740. a) **RG. 58** 192. Die Tatsache der Bergung oder Hilfeleistung begründet unabhängig von einem Vertrage den Anspruch auf Berge- oder Hilfslohn. Die „dritten Personen", von denen das Gesetz spricht, deuten nur auf

den Gegensatz zur Bemannung des notleidenden Schiffes. Der aus der Bergung oder Hilfeleistung entstehende dingliche Anspruch gegen das Schiffsvermögen (§§ 751, 754 Nr. 4) als gegen ein Sondergut des Reeders kann nach Analogie der Eigentümerhypothek und der Einlösung des Bodmereibriefes durch den Reeder daher sehr wohl auch dem Reeder selbst zustehen, insbesondere dann, wenn die Rettung durch ein anderes Schiff desselben Reeders bewerkstelligt worden ist. Ohne Zulassung eines solchen Anspruchs würde der Reeder unter Umständen kein Interesse daran haben, die Existenz eines zweiten Schiffes an das gefährdete erste Schiff zu wagen; der Anreiz zu solcher Rettung aber ist der Beweggrund für die gesetzliche Aufstellung des Anspruchs und für die Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Bergung und Hilfeleistung als gewagten Geschäfts auf egoistischer Grundlage. — **b**) **RG. 59** 312. Auch der Schlepper kann Anspruch auf den gesetzlichen Hilfslohn haben, wenn er das geschleppte Schiff aus einer Seenot rettet. Der Schlepplohn ist nur Gegenleistung für den eigentlichen normalen Schleppdienst, nicht Vergütung für außerordentliche Hilfeleistungen, und wenn der Schlepper auch verpflichtet ist, bei einem Unfalle, der die Fortsetzung der Reise unmöglich macht, das geschleppte Schiff nicht einfach seinem Schicksale zu überlassen, so kann er doch für eine Hilfeleistung, die andere Dienste als die ausbedungenen umfaßt, den gesetzlichen Lohn beanspruchen. — Ist die Hilfsbedürftigkeit des geschleppten Schiffes aber durch eine Verschuldung des Schleppers herbeigeführt, so kann dieser einen Hilfslohn nicht beanspruchen, da er zum Schadensersatze verpflichtet, also nach § 249 BGB. gehalten ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dagegen hat der im § 254 BGB. aufgestellte Grundsatz der Schadensteilung Platz zu greifen, wenn die Hilfsbedürftigkeit des geschleppten Schiffes auf ein beiderseitiges Verschulden, sowohl des Schleppers als des geschleppten Schiffes, zurückzuführen ist. Der Hilfslohn ist dann in demselben Maßstabe als zu Recht bestehend anzuerkennen, der für die Schadensverteilung maßgebend ist.

§ 741. **RG. 58** 194. Ein Vertrag über die Höhe des Hilfslohns, der zwischen zwei Schiffern desselben Reeders abgeschlossen ist, hat keinen rechtlichen Bestand. Vgl. zu § 527.

Zehnter Abschnitt. Versicherung gegen die Gefahren der Seeschiffahrt.

§ 781. *Müller-Erzbach erklärt die rechtlichen Besonderheiten, welche die Versicherung für fremde Rechnung von dem gewöhnlichen Kommissionsgeschäfte trennen, aus einem Doppelten: a) Das Stellvertretungsrecht sei in der Seeversicherung sehr fortschrittlich entwickelt und besser der Interessenlage angepaßt als das doktrinär zurückgebliebene Stellvertretungsrecht des Kommissionsgeschäfts. Hierin liege der Hauptunterschied. Hinzu kommen b) versicherungstechnische Besonderheiten der Seeversicherung f. fr. Rechnung, die als solche leicht kenntlich seien.

§ 808. **RG.** HansGZ. **05** Hptbl. Nr. 2. Eine Verletzung der Anzeigepflicht liegt vor, wenn der Versicherte es unterlassen hat, anzugeben, daß ein großer Teil der Ladung auf Deck verstaut werden solle. Unerheblich, daß der Versicherer der Ladung zugleich Kaskoversicherer des Schiffes war, womit die Ladung befördert wurde, und daß er auf Grund von Nachforschungen und Berechnungen vielleicht hätte erkennen können, daß die versicherte Ladung nach den Größenverhältnissen des Schiffes nicht vollständig unter Deck untergebracht werden konnte. Der Versicherer ist zur Vornahme solcher Nachforschungen nicht verpflichtet, darf sich vielmehr darauf verlassen, daß der Versicherte einen ihm bekannten gefahrerhöhenden Umstand besonders mitteilt.

§ 819. **RG. 58** 193. Aus der Vorschrift kann nicht abgeleitet werden, daß der versicherte Reeder dem Versicherer gegenüber gehalten sei, dem versicherten Schiffe mit einem andern ihm gehörigen Schiffe Hilfe in Seenot zu leisten, die unter § 740 fallen würde.

§ 834. **RG. 58** 192. Nach dem zu § 740 Bemerkten steht dem Reeder eines Schiffes, durch dessen Hilfe ein in Seenot geratenes anderes Schiff desselben Reeders gerettet ist, ein Anspruch auf Hilfslohn zu. Im Verhältnisse zu seinem Versicherer aber kann der Reeder des geretteten Schiffes für den Hilfslohn, der ihm als Reeder des rettenden Schiffes gebührt, aus dem Versicherungsvertrage Ersatz verlangen.

§ 873. **RG. 60** 186. Die Bestimmung regelt das Verhältnis zwischen Versicherer und Versichertem, wenn dieser bei Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit des Schiffes Entschädigung wegen Totalverlust fordern will, ohne einen bestimmten Fall der Feststellung der Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit ins Auge zu fassen. Umfaßt wird daher sowohl der Fall, wenn das Schiff außerhalb des Heimatshafens reparaturunfähig oder reparaturunwürdig geworden ist, und der Schiffer von der ihm im § 530 erteilten Befugnis zum Verkaufe des Schiffes Gebrauch macht, als auch der Fall, daß die Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit im Heimatshafen, wo jene Befugnis des Schiffers versagt, eingetreten ist, und der Reeder von dem Versicherer Ersatz des Totalschadens verlangt. In diesem zweiten Falle kann das Verfahren des § 536 nur insoweit Anwendung finden, als die zuständige Behörde des Heimatshafens die Reparaturunfähigkeit oder Reparaturunwürdigkeit des Schiffes feststellt. Ein Ausspruch der Behörde aber, daß der Reeder zum öffentlichen Verkauf des Schiffes befugt sein solle, ist in diesem Falle nicht erforderlich, weil der Reeder diese Befugnis schon kraft seines Eigentums hat.

Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.

Art. 2. *Weyl, System der Verschuldensbegriffe im BGB. Art. 2 (I) ergibt die Notwendigkeit, die Definitionen des BGB. auch im HGB. anzuwenden, so z. B. betreffs der Ausdrücke „unverzüglich", „bösgläubig", „Verschulden" (vgl. 330 unter 5, 330³). — Für die übrigen Reichs- und Partikularzivilgesetze fehlt es an einer gleichen Norm (185¹, 204, 213, 625, 206, 329, 201², 283). — Rechtsprechung. RJA. **6** 48ff., R. **05** 543 (2247) (KG.). S. zu Art. 84 EGBGB. (Unzulässigkeit der Errichtung einer geistlichen Gesellschaft in Form einer GmbH.).

Art. 17. *Hoffmann, BankA. **4** 130ff., Der Scheck und das Bürgerliche Gesetzbuch. Untersuchungen über das Wesen der Abrechnung des Verhältnisses vom Wechsel, des Scheckvertrags, der Rechtsverhältnisse zwischen 1. Aussteller und Bezogenem, 2. Aussteller und Schecknehmern, 3. des Inhabers zum Bezogenen.

Art. 18. S. Vogel, BayRpflZ. **05** 387 ff. über die Bierlieferungsverträge (§§ 339 ff. BGB., Art. 13 BayAGBGB.).

Art. 22. ZBlFG. **5** 63, 150, KGJ. **27** A 216ff., RJA. **4** 105 (KG.). Wer vor dem 1. 1. 00 eine Firma erworben hat, die nur einen abgekürzten Vornamen des ursprünglichen Inhabers enthält, ist, wenn die Firma nicht an diesem Tage im Handelsregister eingetragen war, nicht berechtigt, sie unverändert oder unter Ausschreibung des Vornamens weiterzuführen. Die Einwilligung des ursprünglichen Inhabers oder seines Erben in die Ausschreibung des Vornamens ist wirkungslos.

Seerechtliche Nebengesetze.

Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897.

Art. 26. HansGZ. **05** Hptbl. 57 (Hamburg). Ein Fahrzeug, das mit dem Grundschleppnetz fischt, ist nicht nur so lange als fischendes Fahrzeug anzusehen, als das Netz über dem Meeresgrunde geschleppt wird, sondern auch dann noch, wenn das Netz aufgezogen im Wasser hängt und der Fang herausgenommen wird, bis das Netz selbst an Bord gezogen ist. Diese Vornahmen gehören zum Fischen, und so lange dauert die behinderte Beweglichkeit und Manövrierfähigkeit des Fahrzeugs fort, die den Grund für die Ausnahmevorschriften des Art. bildet. — Für den Fall, daß sich zwei Fahrzeuge, die unter der Ausnahmevorschrift des Art. stehen, einander so nähern, daß Gefahr des Zusammenstoßens entsteht, enthält die VO. keine besondere Ausweichregeln. Hier greift daher nur die allgemeine Bestimmung des Art. 29 Platz, daß alle Vorsichtsmaßregeln anzuwenden sind, die durch die seemännische Praxis und durch die besonderen Umstände des Falles geboten werden.

Seemannsordnung vom 2. Juni 1902.

§ 34. Matthäi, GoldschmidtsZ. **56** 435 ff. Der Schiffsmann darf die Vornahme von Arbeiten, zu denen er nach den sozialpolitischen Vorschriften der §§ 35—42 nicht verpflichtet ist, wenn sie doch gefordert werden, verweigern, ohne sich dadurch einer Verletzung der Gehorsamspflicht schuldig zu machen. Polemik gegen ein nicht näher bezeichnetes Urteil des OLG. Hamburg, durch das Seeleute verurteilt sind, weil sie ihren Vorgesetzten den Gehorsam verweigert hatten, als diese von ihnen während der gesetzlich gewährleisteten Sonntagsruhezeit Arbeiten verlangten.

§ 35. Engel, HansGZ. **05** Hptbl. 129. Aus dem Zusammenhange der gesetzlichen Vorschriften ergibt sich, daß der Schiffsmann, der auf See außerhalb seiner Wache nicht dringliche Schiffsarbeiten gegen besonderes Entgelt übernimmt und ausführt, dadurch keinen klagbaren Anspruch erlangt. Überstundenarbeit im Sinne des Gesetzes kommt nur in Frage, wenn das Schiff im Hafen oder auf der Reede liegt. Auf See hat der Schiffsmann dringliche Arbeiten, die in seiner wachefreien Zeit erforderlich werden, ohne Anspruch auf eine besondere Vergütung zu leisten. Nicht dringliche Arbeiten dürfen ihm auf See in seiner wachefreien Zeit nicht übertragen werden, auch nicht gegen besondere Vergütung. Denn auch bei entgeltlicher Ausführung wird der Schiffsmann „im Schiffsdienste verwendet" und das ist unzulässig, einerlei ob er sich ausdrücklich dazu bereit erklärt hat und ob ihm eine besondere Vergütung dafür zugesagt ist oder nicht.

§ 48. Wittich, GruchotsBeitr. **49** 595 ff. Eine „Vorschußzahlung durch Anweisung" im Sinne des Gesetzes ist jede in ortsgebräuchlicher Form vor gesetzlicher oder vertragsmäßiger Fälligkeit der Heuerforderung dem Schiffsmanne ausgehändigte schriftliche Urkunde, in der die Reederei eine Verpflichtung zur Auszahlung der künftig fällig werdenden Heuer übernimmt. Da eine solche Urkunde dem Schiffsmanne die Möglichkeit gewährt, sie in Zahlung zu geben oder sich bares Geld darauf zu beschaffen, so erscheint es ungezwungen, in deren Begebung an den Schiffsmann eine Vorschußzahlung im Sinne des Gesetzes zu erblicken. Ob die Urkunde gerade die Form einer Anweisung im juristisch-technischen Sinne (§§ 783, 784 BGB.) hat, ist als nebensächlich anzusehen. — Nähere Ausführungen über die in Hamburg übliche sog. „Heuernota", über die Frage nach deren Gültigkeit gegenüber den zwingenden Vorschriften des Gesetzes und über die Folgen ihrer Ungültigkeit.

§ 67. Wittich, GoldschmidtsZ. **57** 139 ff. Genauere Bestimmung der gesetzlichen Vorschriften über die Heuerung auf Zeit.

§ 74. HansGZ. **05** Hptbl. 134 (Hamburg). Das Gesetz ist nicht dahin zu verstehen, daß die Gründe, aus denen der Schiffsmann seine Entlassung fordern kann, im § 74 vollständig aufgezählt seien, vielmehr ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, daß der Schiffsmann auch in anderen, als den besonders namhaft gemachten Fällen seine Entlassung dann fordern kann, wenn zwingende Gründe der Billigkeit ihm dabei zur Seite stehen.

§ 104. **RG.** (Strafs.) **37** 41. Der Tatbestand des unter Strafe gestellten tätlichen Angriffs auf den Kapitän, einen Schiffsoffizier oder einen anderen Vorgesetzten hat nicht zur Voraussetzung, daß sich der Angegriffene bei dem Angriffe in Ausübung seiner Dienstbefugnisse befand.

Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juli 1895
(in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898).

Zusatz zu § 4. Schleppschiffahrt. — **a) RG. 59** 308. Der Vertrag, durch den ein Schlepper es übernimmt, gegen einen festen Lohn ein Schiff nach einem bestimmten Hafenplatze zu schleppen, geht auf einen durch Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg (§ 631 Abs. 2 BGB.) und ist daher Werkvertrag, nicht Dienstvertrag. — Ausführungen darüber, wem die nautische Leitung des Schleppzuges obliegt. Vgl. zu § 740 und zu § 738 HGB. — **b)** HansGZ. **05** Hptbl. Nr. 27. Der Schleppvertrag unterscheidet sich vom Frachtvertrage dadurch, daß ein Übergang der custodia nicht stattfindet. Eine der Frachtführerhaftung entsprechende strenge Haftung ist daher aus dem Schleppvertrage nicht abzuleiten. Für eine Beschädigung des geschleppten Schiffes, deren Ursache nicht aufgeklärt ist, trifft den Schlepper daher keine Exkulpationspflicht. Vgl. ferner bei § 78.

§ 8. Zu Abs. 4 vgl. bei § 131.

§ 15. **RG. 58** 194. Die zu § 527 HGB. mitgeteilten Grundsätze gelten auch in der Binnenschiffahrt.

§ 46. HansGZ. **05** Hptbl. Nr. 15 (Hamburg). Der Schlußsatz von Abs. 3, wonach die Dauer der Löschzeit dadurch nicht berührt wird, daß sich der Frachtführer verpflichtet hat, die Ablieferung an verschiedenen Orten des Löschplatzes vorzunehmen, gilt in Hamburg nach Handelsgebrauch auch dann, wenn sich der Kahnschiffer durch einen Ladeschein verpflichtet hat, seine Ladung nach zwei verschiedenen Löschplätzen zu bringen und dort an denselben Empfänger abzuliefern. Auch in diesem Falle gilt nur eine Löschzeit.

§ 78. HansGZ. **05** Hptbl. 83 (Hamburg). Die Bestimmungen des Gesetzes über die Verteilung der zur Abwendung einer gemeinsamen Gefahr aufgewendeten Kosten in großer Haverei können nur Anwendung finden mit Bezug auf ein einzelnes Fahrzeug und die in diesem enthaltene Ladung. Die gemeinsame Gefahr im Sinne des Gesetzes bezieht sich nur auf die Gemeinschaft von Schiff und Ladung, die durch die Verladung der Güter in das Schiff entstanden ist. So wenig daher zwischen dem Schlepper einerseits und dem geschleppten Schiffe und dessen Ladung andererseits eine Gemeinschaft besteht und der Begriff der großen Haverei bei Aufwendungen zutrifft, die der Schleppschiffer zum Besten des Schleppzugs macht, so wenig kann von einer Gemeinschaft zwischen einer Mehrzahl von geschleppten Schiffen, die zu einem Schleppzuge vereinigt sind, und ihren Ladungen und demnach von einer Haverei-Verteilung auf diese die Rede sein. Die Vereinigung einer Mehrzahl beladener oder unbeladener Fahrzeuge zu einem Schleppzuge beruht der Regel nach auf der Entschließung des Unternehmers des Schleppschiffdienstes, sie hat vertragliche Beziehungen zwischen den Eigentümern der verschiedenen Fahrzeuge und ihren Ladungen nicht zur Folge

und kann jeden Augenblick auch gegen den Willen der Schiffs- und Ladungseigentümer wieder aufgehoben werden, sofern nur der Schleppschiffsunternehmer seinen Verpflichtungen gegen die einzelnen Schiffs- und Ladungsgemeinschaften aus den mit diesen abgeschlossenen Schleppverträgen nachkommt.

§ 93. **RG.** HansGZ. **05** Hptbl. 43. Der Anspruch auf Hilfslohn setzt nicht voraus, daß eine unmittelbare Notlage für das gerettete Schiff vorliegt; es genügt, wenn bei vernünftiger Beurteilung der gegebenen Verhältnisse angenommen werden durfte, daß das Schiff im Falle des Unterbleibens von Rettungsmaßnahmen der Gefahr des Unterganges oder einer Beschädigung werde ausgesetzt werden.

RG. 58 193. Die zu § 740 HGB. u. Ziff. a mitgeteilten Grundsätze gelten auch in der Binnenschiffahrt. Dem Schiffseigner, der sein Schiff mit einem anderen ihm gehörigen Fahrzeuge aus einer Schiffahrtsnot rettet, steht ein Hilfslohnanspruch zu.

§ 95. HansGZ. **05** Hptbl. 140 (Hamburg). Ist die Rettung durch ein anderes Schiff ausgeführt, so ist dessen Eigner zur Geltendmachung des ganzen Hilfslohns befugt, da der einzelne Schiffsmann, der sich an der Rettung beteiligt, nur in Erfüllung seines Heuervertrags und auf Geheiß des Schiffers im Dienste des Reeders handelt. Hieran ändert § 95 nichts, da er nur die Rechtsbeziehungen zwischen den mehreren Beteiligten regelt, nicht aber davon handelt, wem im Verhältnisse zum Schuldner die Forderung auf den Berg- oder Hilfslohn zusteht.

§ 101. Schneider, GoldschmidtsZ. **56** 22 ff. Ausführungen über das Verhältnis des Binnenschiffahrtsgesetzes zur StrandungsO. v. 17. 5. 74, insbesondere über die örtliche und die sachliche Abgrenzung beider Gesetze in bezug auf Bergung und Hilfeleistung.

§ 131. **RG. 60** 377. Die Aufnahme des § 8 Abs. 4 unter die für den Hafenverkehr ausgenommenen Vorschriften ist auf einen Beschluß der Reichstagskommission zurückzuführen, die sich von der Erwägung leiten ließ, daß bei einer großen Ewerführerei der Schiffseigner nicht imstande sei, die vielen kleinen ihm gehörigen Fahrzeuge vor der Benutzung auf ihre Fahrtüchtigkeit zu prüfen, daß aber auch der kleinere Schiffseigner sich auf die Pflichterfüllung des Schiffers müsse verlassen können. Hieraus darf indes nicht abgeleitet werden, daß es der Gesetzeswille sei, für den bloß örtlichen Schiffsverkehr den Frachtführer von jeglicher persönlichen Haftung für das Vorhandensein der Fahrtüchtigkeit des Schiffes bei Antritt der Reise zu befreien. Denn der von der Verantwortlichkeit des Frachtführers handelnde § 58 gehört nicht zu den für den Hafenverkehr ausgenommenen Bestimmungen, und der ausgenommene § 8 Abs. 4 steht nicht in dem vom Frachtgeschäfte handelnden Abschnitte des Gesetzes und berührt die Verantwortlichkeit des Frachtführers nicht. Vielmehr setzt er eine besondere gesetzliche Haftung des „Schiffseigners" fest, der den Ladungsbeteiligten keineswegs immer als Frachtführer gegenübersteht. Nur diese besondere Haftung ist durch § 131 für den Hafenverkehr beseitigt.

Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 11. **RG. 59** 170. Wird durch polizeiliche Verfügung eine bereits gegebene Erlaubnis zurückgezogen, so ist die auf Fahrlässigkeit sich stützende Schadensersatzklage zulässig.

Gerichtsverfassungsgesetz.

Vorbemerkung: Das GVG. hat in dem Berichtsjahr mit Ausnahme des 17. Titels: „Gerichtsferien" in der Literatur fast keine Beachtung gefunden. Die Rechtsprechung hat sich, wie früher, in der Hauptsache nur mit der Zulässigkeit des Rechtswegs, der Rechtshilfe und der Sitzungspolizei beschäftigt.

Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit.

§ 13. I. Zulässigkeit des Rechtswegs. **RG.** JW. **05** 646. Für die Zulässigkeit des Rechtswegs ist lediglich entscheidend, ob nach der Klagebegründung der geltend gemachte Anspruch sich als ein privatrechtlicher darstellt. Unerheblich ist es, ob das Klagepetitum, wenn es rechtskräftig zugesprochen ist, im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingbar ist.

II. Einzelfragen. A. Kirche.

a) **RG.** GruchotsBeitr. **48** 647. Betreffs der Frage, ob die Notwendigkeit eines Erweiterungsbaues an Kirchengebäuden vorliegt, ist der Rechtsweg unzulässig. — **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1151. Bei Streit über die Beitragspflicht des Patrons zum Bau und zur Unterhaltung von Küstereigebäuden mit der Kirchengemeinde ist nach preußischem Rechte der Rechtsweg auch dann unzulässig, wenn der Streit nicht die Verpflichtung der Parteien im Verhältnis zu anderen, sondern zueinander betrifft. — **c)** **RG.** JW. **05** 646. Für die aus einem Schenkungsvertrag erhobene Klage auf Abhaltung einer gestifteten Messe in einer bestimmten Kirche ist der Rechtsweg zulässig.

B. Schule. **a)** Lövinson, DJZ. **05** 643 ff., wendet sich gegen **RG.** 58 31 (vgl. JDR. **3** VI B Ziff. 3) und hält eine Feststellungsklage auf Freiheit von Gemeindegebühren gegen die Gemeinde im ordentlichen Rechtswege nach § 79 II. 14 ALR. für zulässig. — **b)** SchlHolstAnz. **05** 264 (Kiel). Zur Entscheidung über die aus der Veränderung der Schulbezirke entspringenden vermögensrechtlichen Streitigkeiten der beteiligten Schulgemeinden sind die Gerichte zuständig. — **c)** **RG.** 59 5. Die Frage, ob der Staat bei Ausübung des Ämterbesetzungsrechts, das er für sich ausschließlich in Anspruch nimmt, die Mitwirkung eines Dritten zu dulden habe, kann nicht Gegenstand eines bürgerlichen Rechtsstreits sein. Dies gilt auch dann, wenn der Dritte den Erwerb eines das Ämterbesetzungsrecht des Staates schmälernden eigenen Rechtes auf einen dem Privatrecht angehörigen Titel, Vertrag, Ersitzung usw. gründet. In Preußen ist hiernach der Rechtsweg unzulässig über das von einem Patron in Anspruch genommene Präsentationsrecht für Volksschullehrer.

C. Bahnangelegenheiten.

a) **RG.** 59 70. In Preußen ist der Rechtsweg unzulässig für die Geltendmachung von Eigentumsfreiheitsansprüchen gegen die landespolizeilich genehmigte Betriebsanlage einer dem öffentlichen Verkehre dienenden Kleinbahn, und zwar auch dann, wenn der betreffenden Kleinbahn der Betrieb in der Genehmigungsurkunde nicht zur Pflicht gemacht ist. — **b)** DJZ. **05** 607 (PrKompGH.). Ansprüche eines Dritten aus einem mit dem Staate als Eisenbahnunternehmer abgeschlossenen Vertrage können dem Staate als Inhaber des Eisenbahnhoheitsrechts gegenüber nicht geltend gemacht werden. Die angefochtene, auf Grund dieses Rechtes angeordnete Entfernung von Anlagen ist daher im Rechtswege nicht anfechtbar. Sollte ein Vertrag mit dem Staate in bezug auf diese Anlagen abgeschlossen sein, so würde dies nur zu einem Entschädigungsanspruche gegen den Fiskus als Unternehmer führen können. — **c)** **RG.** JW. **05** 117, HessRspr. **6** 2, R. **05** 83. Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit liegt vor, wenn die Zurückgabe von Grundstücken, die zur Bahnanlage nicht verwendet worden sind, verlangt wird.

D. Verschiedene Angelegenheiten.

a) R. **05** 138 (BayObLG.). Die Verpflichtung zur Herstellung einer Ortsstraße, die eine Gemeinde den Eigentümern von Grundstücken gegenüber übernimmt, ist privatrechtlicher Natur und der Rechtsstreit über die durch einen solchen Vertrag begründeten Rechte und Verbindlichkeiten ist ein bürgerlicher Rechtsstreit. — **b)** **RG.** PosMSchr. **05** 47. Der Anspruch des Klägers, der beklagte Reichsmilitärfiskus möge Einrichtungen und Vorkehrungen treffen, um nach Möglichkeit die von dem Exerzierplatz übermäßig eindringenden Sandverwehungen von seinem Grundstück abzuhalten, richtet sich gegen die Ausübung des staatlichen Militärhoheitsrechts, da er eine Einstellung und Beschränkung der militärischen Übungen auf dem Exerzierplatz erheischt. Der Rechtsweg ist daher ausgeschlossen. — **c)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 995, JW. **05** 190. Für die Ansprüche der öffentlich angestellten Feldmesser gegen den Staat wegen Ausführung der ihnen von Staatsbehörden übertragenen Aufträge ist in Preußen der Rechtsweg erst zulässig, nachdem der zu zahlende Betrag auf Grund der §§ 48—50 PrFeldmesserRegl. v. 2. 3. 71/26. 8. 85 durch die Verwaltungsbehörde festgesetzt ist. — **d)** DJZ. **05** 867 (PrKompGH.). Wegen Erstattung der Kosten für die durch Verfügung der Polizeibehörde angeordnete Unterbringung der der Landespolizeibehörde auf Grund des § 181a StGB. überwiesenen Zuhälter in einem kommunalen Armenhause ist der Rechtsweg zulässig. — **e)** DJZ. **05** 271 (PrKompGH.). Für Entschädigungsklagen gegen Gemeinden wegen unzulässiger polizeilicher Verfügungen ist der Rechtsweg nicht zulässig. — **f)** **RG.** GruchotsBeitr. **48** 633. Der Rechtsweg ist zulässig für die Frage, ob es im Interesse des Enteigneten notwendig ist, ein Grundstück ganz zur Enteignung zu stellen (PrFluchtlG. § 14, EnteignG. §§ 24 ff.). — **g)** **RG.** JW. **05** 438. Der Anspruch auf Anerkennung der Mitgliedschaft zu einer öffentlich-rechtlichen Korporation (im vorliegenden Falle der althessischen Ritterschaft) kann nicht im Wege des Zivilprozesses verfolgt werden. — **h)** **RG.** JW. **05** 72. Wenn Landesbehörden in Wahrnehmung öffentlich-rechtlicher Obliegenheiten in das Namensrecht einer Person eingreifen, ist der Rechtsweg für die Klage auf dessen Anerkennung nicht zulässig (vgl. o. § 12 BGB. Ziff. II 1 d). — **i)** **RG.** DJZ. **05** 649. Für den Anspruch auf Zurückforderung von Stempeln, die für nichtige Geschäfte entrichtet sind, ist in Preußen der Rechtsweg nicht zulässig. — **k)** LG. I Berlin, KGBl. **05** 43. Gegen die Einziehung von Gerichtskosten von dem Prozeßbevollmächtigten des Kostenschuldners ist der Rechtsweg zulässig.

Fünfter Titel. Landgerichte.

§ 62. **RG.** JW. **05** 760. Die im Falle des Abs. 2 zugelassene Abänderung der Personalverteilung ist, wie schon der Wortlaut des Gesetzes ergibt, keineswegs darauf beschränkt, daß nur an Stelle der wegfallenden Mitglieder einer Kammer andere derselben zuzuteilen seien, im übrigen aber der Bestand derselben unverändert bleiben müßte, vielmehr berechtigt der Wechsel einzelner Mitglieder des Gerichts zu einer Abänderung der Besetzung der Kammern auch insofern, als die verbleibenden Mitglieder derselben in Betracht kommen.

§ 69. **RG.** JW. **05** 246. Ein dem LG. durch die Justizverwaltung zugewiesener Vertreter tritt nicht von selbst in die Funktion des verhinderten Richters, vielmehr wird seine Verwendung gemäß § 62 Abs. 2 durch das Präsidium bestimmt. Eine Einwirkung der Landesjustizverwaltung hierauf ist nicht zulässig.

Siebenter Titel. Kammer für Handelssachen.

§§ 103, 107. R. **05** 505 (Colmar). Die Einrede, daß für die Verhandlung des Rechtsstreits die Zivilkammer, nicht die vom Kläger angerufene Kammer für Handelssachen zuständig sei, fällt nicht unter § 274 Nr. 1 ZPO., sondern

bedeutet nur einen Antrag auf Verweisung der Sache an die Zivilkammer. Die Verwerfung jener Einrede ist nicht anfechtbar.

Achter Titel. Oberlandesgericht.

§§ 119, 122. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 397, vgl. JDR. **3** zu § 119.

Zwölfter Titel. Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte.

§ 156. Josef, R. **05** 131. Daraus, daß nach § 78 PrAGGVG. § 156 auf die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung findet, ist nicht zu folgern, daß auch in der freiw. Gerichtsbarkeit die Amtshandlung des ausgeschlossenen Gerichtsvollziehers nichtig ist.

Dreizehnter Titel. Rechtshilfe.

§ 159. I. Prozeß. — **a)** Freudenthal, R. **05** 308. Ein ersuchter Richter darf die Vornahme einer Handlung nicht deshalb ablehnen, weil das Ersuchen auf einer während der Gerichtsferien ohne Beobachtung von § 202 Abs. 1 u. 3 GVG. ergangenen Entscheidung beruht. — **b)** OLG. **11** 336 (Colmar). Das Ersuchen, die Gerichtsschreiberei anzuweisen, die in unrichtiger Form bei dem ersuchenden Gericht eingereichte Klage formrichtig zu Protokoll zu nehmen, ist mit Recht abgelehnt. Denn die Bestimmungen des GVG. über Rechtshilfe betreffen (abgesehen von der die Regel bestätigenden Ausnahme des § 162 „Gerichtsschreiber") nur richterliche Handlungen, während es sich hier um die Inanspruchnahme der Tätigkeit einer auswärtigen Gerichtsschreiberei handelt, welche im Gesetze nicht vorgesehen ist (Gaupp-Stein I² zu § 496 ZPO. nebst Fußnote). — **c)** JustdRdsch. **05** 300 (Colmar). Ein Ersuchen um Rechtshilfe zur Belehrung des Antragstellers über die Erfordernisse eines Antrags auf Ladung zum Offenbarungseid und um Anweisung der Gerichtsschreiberei, von dem Antragsteller eine Ladung des Schuldners zum Offenbarungseide aufzunehmen, kann abgelehnt werden. — **d)** BayRpflZ. **05** 326 (Bamberg). Das ersuchte Gericht darf die Vernehmung von Sachverständigen, die außerhalb seines Bezirkes wohnen, nicht ablehnen, wenn diese zwecks Bestellung des Gutachtens Waren, die sich im Bezirke des ersuchten Gerichts befinden, zu besichtigen haben. — **e)** SeuffA. **60** 373 (Hamburg), vgl. JDR. **3** zu § 159 I Ziff. 5.

II. Konkurs. — JustdRdsch. **05** 276 (Jena). Die Abnahme des Offenbarungseids von dem Gemeinschuldner (§ 125 KO.) kann auch durch den ersuchten Richter erfolgen.

III. Grundbuchsachen. R. **05** 112 (Jena). Sind die Grundbuchsachen durch Landesgesetz den Gerichten übertragen und letztere darnach gehalten, entsprechend den Vorschriften des GVG. Rechtshilfe zu leisten, so darf das Ersuchen eines deutschen Gerichts um Vorladung einer Person zu dem Zwecke, sie zur Berichtigung einer Eintragung im Grundbuche zu veranlassen, nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, daß es sich um eine Rechtshandlung handele, bei der Offizialbetrieb des Grundbuchamts ausgeschlossen sei.

IV. Vormundschaftssachen. — **a)** R. **05** 47 (Colmar). Das Ersuchen eines Vormundschaftsgerichts an das Gericht des Wohnorts der Mutter eines unehelichen Kindes um deren Befragung über den Aufenthaltsort desselben darf namentlich dann nicht abgelehnt werden, wenn die sonstigen Mittel, ihn ausfindig zu machen, von dem Vormundschaftsgerichte vergeblich versucht worden sind. — **b)** OLG. **11** 336 (Kassel). Die Herbeiführung einer allgemeinen Entlastungserklärung des früheren Mündels liegt außerhalb der amtlichen Tätigkeit des Vormundschaftsrichters; es ist deshalb die Ablehnung des darauf gerichteten Ersuchens begründet. Dagegen ist der Vormundschaftsrichter befugt, in ihm geeignet erscheinenden Fällen den früheren Mündel darüber zu hören, ob dieser auf Be-

obachtung des § 1892 BGB. verzichten will. Ein hierauf gerichtetes Ersuchen darf nicht abgelehnt werden (o. § 1892 BGB. Ziff. 2 b).

V. Nachlaßsachen. **a)** BreslauAK. **04** Nr. 8, ZfmittlJB. **15** 967 (Kiel). Die Gerichte sind verpflichtet, dem Notar, dem die Vermittelung einer Erbauseinandersetzung übertragen ist (PrFGG. § 21), Rechtshilfe zu leisten. — **b)** BadNotZ. **05** 142 (Karlsruhe). Das um Verzeichnis eines Nachlaßbestandteils angegangene Nachlaßgericht muß dem Ersuchen des fremden Nachlaßgerichts Folge leisten. — **c)** BadNotZ. **05** 188, ElsLothNotZ. **05** 232 (Colmar). Die reichsländischen Gerichte sind zur Rechtshilfe in Ansehung der Nachlaßverzeichnung nach § 1960 verpflichtet.

Vierzehnter Titel. Öffentlichkeit und Sitzungspolizei.

§ 172. Vgl. u. § 671 ZPO.

§ 175. a) **RG.** JW. **05** 550. Der Begriff der Verhandlung erfordert nicht, daß jeder einzelne der Beteiligten ausdrücklich zu einer Erklärung aufzufordern ist; es genügt vielmehr, wenn jedem Prozeßbeteiligten Gelegenheit gegeben ist, sich zu äußern. — **b)** **RG.** JW. **05** 761. Wenn nach Ausschluß der Öffentlichkeit für eine Strafsache die Verbindung mit einer weiteren Strafsache erfolgt, so ist über Ausschluß der Öffentlichkeit von neuem zu verhandeln und zu entscheiden.

§ 179. a) OLG. **11** 337 (Karlsruhe). Daraus, daß im § 179 neben der Geldstrafe alternativ eine Haftstrafe angedroht ist, kann die Zulässigkeit der Umwandlung einer nicht beitreibbaren Geldstrafe nicht gefolgert werden. Die nur für das Gebiet des StGB. gegebenen Vorschriften können auf Ordnungsstrafen nicht ausgedehnt werden. Die gleichwohl erfolgte nachträgliche Umwandlung der uneinziehbaren Geldstrafe in Haft stellt sich als Ergänzung und Abänderung der Straffestsetzung dar und unterliegt daher wie diese der Nachprüfung durch das OLG., nicht durch das LG. (vgl. auch JDR. **1** zu § 179). — **b)** OLG. **11** 337 (Hamburg). Die Partei, welche erklärt, ein Zeuge verschweige wissentlich die Wahrheit, und vom Vorsitzenden auf das Ungehörige ihrer Äußerung aufmerksam gemacht, antwortet: „Ich bleibe aber dabei, so ist es", macht sich einer Ungebühr schuldig. — **c)** DJZ. **05** 1071 (Jena). Gegen den in der Hauptverhandlung ergehenden Beschluß, durch welchen ein Antrag der Staatsanwaltschaft auf Festsetzung einer Ordnungsstrafe abgelehnt wird, ist eine Beschwerde nicht zulässig.

§ 180. a) OLG. **11** 336, BadRpr. **05** 169 (Karlsruhe). Das GVG. geht davon aus, daß Maßnahmen, die erforderlich werden, weil eine Person sich vor Gericht einer Ungebühr schuldig macht, alsbald in der Sitzung oder Verhandlung selbst getroffen werden. Es schreibt demgemäß vor, daß, falls eine Ordnungsstrafe wegen Ungebühr festgesetzt worden ist, der Beschluß des Gerichts und dessen Veranlassung in das Protokoll aufzunehmen ist. Die nachträgliche Festsetzung einer Ordnungsstrafe und die Darstellung der Veranlassung hierzu in einer Aktenbemerkung ist unzulässig. — **b)** HessRspr. **6** 18 (Darmstadt). Wenn eine Prozeßpartei zur Wahrnehmung ihrer Rechte die Erklärung der Gegenpartei einer Kritik unterzieht und hierbei in der Wahl des Ausdrucks Fehlgriffe oder Ausschreitungen hervortreten, ist der Tatbestand der Ungebühr noch nicht erfüllt, es müssen vielmehr, wenn sich das Benehmen des Äußernden als ein ungebührliches charakterisieren soll, noch besondere Tatumstände hinzutreten, aus denen sich ergibt, daß in der Äußerung zugleich eine Mißachtung des Ansehens des Gerichts gelegen ist.

§ 183. DJZ. **05** 1071 (Jena). Durch § 183 wird die prozessuale Anfechtung von Entscheidungen auf dem Gebiete der Sitzungspolizei erschöpfend geregelt.

§ 184. OLG. **10** 322 (Marienwerder). Der § 184 ist zwar zwingend, er hat aber wesentlich nur Bedeutung für den Zivil- und Strafprozeß, nicht dagegen für die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit.

Siebzehnter Titel. Gerichtsferien.

§ 202. 1. Schröder, Die Gerichtsferien, Aachen 1905, stellt die geschichtliche Entwickelung der Gerichtsferien zusammenhängend dar und entwirft sodann, indem er die Frage nach der Reformbedürftigkeit der heutigen Gesetzgebung bejaht und insbesondere darauf hinweist, daß die Ferien auch bestimmt sind, Bedürfnissen der Landwirtschaft und des Gewerbes Rechnung zu tragen, eine neue Feriengesetzgebung. Hiernach sollen durch die Gesetzgebung nur die allgemeinen Gesichtspunkte für die Ferien festgelegt werden und für die Ausführung bestimmten Organen der Justizverwaltung ein weiterer Spielraum gegeben werden.

2. Friedländer, Die Gerichtsferien, ACivPrax. **97** 441 ff., gibt eine Übersicht über den derzeitigen Rechtszustand und macht nach einer kurzen Kritik derselben gleichfalls Vorschläge zu einer Änderung der heutigen Gesetzgebung. Nach ihm soll es in Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit, sowie in Vormundschafts- und Nachlaßsachen einer besonderen Anordnung des Gerichts bedürfen, daß die Bearbeitung während der Ferien unterbleibt. Die Anordnung soll nur zulässig sein, wenn das Bedürfnis einer Beschleunigung nicht vorhanden ist; bei bestimmten Sachen soll sie unzulässig sein.

3. Mothes, R. **05** 104, regt an, in den Kreis der gesetzlichen Feriensachen die Klagen auf Gewährung von Unterhalt und die Gesuche um Bewilligung des Armenrechts für die Rechtsmittelinstanz aufzunehmen.

4. BadRpr. **05** 225 (Karlsruhe). Auch die Verkündung von Urteilen ist während der Gerichtsferien nur in Feriensachen zulässig.

5. **a)** OLG. **11** 337 (Jena). Unter „Wechselsachen" im Sinne des § 202 sind nur „Wechselprozesse", nicht auch ordentliche Rechtsstreitigkeiten, in denen Ansprüche aus Wechseln eingeklagt werden, zu verstehen (aM. **RG.** SeuffA. **52** 339). — **b)** AM. OLG. **11** 339 (KG.). Unter Wechselsachen müssen alle Rechtsstreitigkeiten aus Wechseln, welche im § 101 Abs. 2 vor die Kammern für Handelssachen verwiesen worden sind, verstanden werden, ohne daß die Prozeßform, in welcher der Wechselanspruch verfolgt wird, dabei einen Unterschied macht. Es sind also auch alle Wechselsachen, die von vornherein oder zufolge Abstandnahme vom Urkundenprozeß im ordentlichen Verfahren verhandelt werden, als Feriensachen anzusehen (übereinstimmend Friedländer a. a. O. 446).

6. Abs. 3. SeuffA. **48** 454 (Jena). Der Beschluß auf Bezeichnung als Feriensache ist nicht für die höheren Instanzen maßgebend, außer wenn es sich um einen Inzidentstreit handelt, der in die höhere Instanz gelangt, während der Prozeß noch in der unteren Instanz schwebt. Zustimmend: Friedenthal, JW. **05** 567, der die Bedeutung der Frage für den Lauf der Revisions-Begründungsfrist (§§ 554 i. d. F. d. G. v. 5. 6. 05, 223 ZPO.) hervorhebt. — Friedländer a. a. O. 453 hält die Ausführungen des OLG. Jena, btr. den Inzidentstreit, für recht bedenklich, stimmt aber im übrigen zu. Dagegen vertreten Gaupp-Stein, ZPO. Anm. 2 b zu § 223, die unbedingte Wirksamkeit des Beschlusses für die höhere Instanz, weil das Gegenteil wie im § 119 ZPO. besonders angeordnet sein müßte.

Einführungsgesetz zur Zivilprozeßordnung.

Vorbemerkung: Durch die ZPONov. v. 5. 6. 05 ist das Verfahren der Revisionseinlegung in bayerischen Sachen streitig geworden (vgl. §§ 7 und 8). Inzwischen dürfte die Praxis diese Streitfragen aufgeklärt haben.

§ 4. **RG.** PuchcltsZ. **05** 141. Die ordentlichen Gerichte bleiben für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten auch dann zuständig, wenn für deren Entscheidungen Normen des öffentlichen Rechtes in Betracht kommen, so z. B. für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus den travaux publics in Elsaß-Lothringen.

Zu §§ 7, 8. **a)** Kaiser, JW. **05** 378, prüft die Einwirkung der ZPO. Nov. v. 5. 6. 05 auf die bayerischen Revisionen hinsichtlich der Frage, was in bayerischen Sachen unter Revisionsgericht im Sinne der §§ 554 Abs. 2 und 556 Abs. 2 ZPO. zu verstehen ist. Er ist zweifelnd der Ansicht: die §§ 7 u. 8 EGZPO. sind bei Prüfung dieser Frage nicht heranzuziehen. Unter Revisionsgericht ist dasjenige Gericht zu verstehen, das zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits berufen ist. Der Beschluß des ObLG. wirkt nur deklaratortisch. Es tritt sofort nach Einreichung der Revisionsschrift beim ObLG. eine Spaltung ein. Ist der Anspruch in letzter Instanz dem RG. gesetzlich zugewiesen, so muß die Revision innerhalb der Frist des § 554 ZPO. bei diesem Gericht und durch einen beim RG. zugelassenen Anwalt begründet werden. Ist der Rechtsstreit vor dem ObLG. zu entscheiden, so muß die Revision dort begründet werden und zwar kann dies nur durch einen bei diesem Gerichte zugelassenen Anwalt geschehen. — **b)** Gegen Kaiser wendet sich Mayer, JW. **05** 418 (vgl. auch PfälzRpr. **2** 39). § 7 EGZPO. begründet eine Ausnahme von den Vorschriften der §§ 553, 554 ZPO., indem für die Einreichung der Revision an die Stelle des Revisionsgerichts das ObLG. tritt. Das RG. wird daher mit der Revision erst dann befaßt, wenn sich das ObLG. für unzuständig erklärt und ihm die Prozeßakten übersendet hat. Bis zur Bekanntgabe des Unzuständigkeitsbeschlusses an die Parteien sind Revisionsbegründung und Revisionsanschließungsschriftsatz bei dem ObLG. einzureichen und zwar in der durch die Novelle eingeführten Frist. Die Unterzeichnung kann solange durch jeden bei einem Land- oder Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen. Nach der Entscheidung über die Zuständigkeit kann jede fernere Vertretungshandlung, insbesondere auch die Unterzeichnung der erwähnten Schriftsätze, nur durch einen bei dem Revisionsgerichte zugelassenen Rechtsanwalt erfolgen. — **c)** *Neumiller, BayRpflZ. **05** 313. An der Vorentscheidung des BayObLG. über die Zuständigkeit für bayerische Revisionen und Beschwerden ist durch die ZPONov. v. 5. 6. 05 nichts geändert. Die Beglaubigung der Revisionsabschrift erfolgt nunmehr durch den Anwalt des Revisionsklägers; die Beilegung einer Urteilsabschrift hat auch hier zu erfolgen. Bis zur Vorentscheidung über die Zuständigkeit sind die Schriftsätze, insbesondere eine Revisionsbegründung oder Anschließung, beim BayObLG. einzureichen. Bei der Beschwerde entscheidet über die Zulässigkeit das OLG., über die Zuständigkeit das BayObLG., über die Begründetheit zumeist das RG.

§ 8. BayRpflZ. **05** 181 (Zweibrücken). Für die Einreichung der Revisionsschrift nach § 8 EGZPO. kann der Anwalt nur $^{3}/_{10}$ Gebühr, keine Prozeßgebühr beanspruchen.

Zivilprozeßordnung.

Literatur: Degenkolb, Beiträge zum Zivilprozeß. Leipzig 1905. — Heilfron u. Pick, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Berlin 1905. — Hellwig, Klagrecht u. Klagmöglichkeit. Eine Auseinandersetzung über die Grundfragen des heutigen Zivilprozeßrechts. Berlin 1905. — Hilse, Formularbuch für streitige Gerichtsbarkeit. (5.) Berlin 1905. — Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts mit Nachtrag zur Novelle v. 5. 6. 05. Berlin 1905. — Skonietzki u. Gelpke, Kommentar zur ZPO. Beriln 1905. — Weißmann, Lehrbuch. Stuttgart 1905. — Der Kommentar von Seuffert ist in 9. Auflage erschienen. (Die spezielle Literatur ist bei den einzelnen Abschnitten angegeben.)

Vor § 1. I. Wesen des Zivilprozesses. (JDR. 3 Ziff. 1). — **a)** Kohler, ACivPrax. 97 1, bekämpft die Lehre vom Bestehen eines Rechtsschutzanspruchs. Er unterscheidet dabei den konkreten und den abstrakten Rechtsanspruch; er führt aus: Wenn man einen Rechtsschutzanspruch annehme, so könne dies nur ein abstrakter sein, und dieser könne in der Lehre von den Fakultätsbefugnissen eine scheinbare Stütze erlangen; der konkrete Rechtsanspruch entbehre dagegen jeder juristischen Realität, da, wer materiell recht habe, im Prozesse keine andere Stellung einnehme, als wer unrecht habe, und die prozessuale Lage für beide ganz dieselbe sei. — **b)** Pagenstecher, ACivPrax. 97 17, stellt fest, daß die Lehre vom Rechtsschutzanspruch in ihren Folgerungen zu der Annahme eines Rechtsschutzanspruchs des Beklagten „im Falle der Nichtexistenz des klägerischen Rechtes dränge". Er unterwirft sodann die von Hellwig, Klagerecht und Klagemöglichkeit, und die von Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzanspruchs, über den Rechtsschutzanspruch des Beklagten aufgestellten Sätze einer eingehenden Kritik und führt aus, daß dieselben in ihren letzten Folgerungen zu unhaltbaren Ergebnissen führten. — **c)** Hellwig 12: Das heutige Prozeßrecht kennt den Rechtsschutzanspruch in den drei Erscheinungsformen des Klagrechts (auf Verurteilung, bloße Feststellung oder Rechtsänderung), des Vollstreckungsrechts und des Rechts auf Rechtssicherung. Man kann daher den Rechtsschutzanspruch definiren als das prozessuale Recht gegen den Staat darauf, daß er durch seine dazu berufenen Organe auf gehöriges Verlangen seine Entscheidungs- oder Zwangsgewalt zugunsten des Rechtsschutzberechtigten gegen den Gegner entfalte, um das Rechtsschutzbedürfnis des Antragsberechtigten zu befriedigen.

II. Görres, Über das Verschulden im Prozesse, BuschZ. 34 1, führt zunächst folgendes aus: Schuldhafte Handlung ist diejenige willkürliche Verursachung oder Nichthinderung einer Veränderung in der Außenwelt, welche vom Rechte verboten und wofür das Subjekt der Handlung verantwortlich ist. Prozessualisch schuldhafte Handlung liegt vor, wenn eine solche Handlung während eines Prozesses vorgenommen wird. Die Normen, deren Verletzung prozessualisches Verschulden begründet, können sein strafrechtliche, zivilrechtliche und prozessuale; ein und dieselbe Handlung kann gegen sämtliche drei Arten zugleich verstoßen. — Die Erscheinungsformen der culpa in processu sind:

1. Der Prozeßmutwille, d. i. ein wissentlich rechtswidriges Begehren, ein schuldhaftes Verhalten der Partei zu dem Rechtssatze, welcher ihrer Anspruchsverfolgung oder Verteidigung mißbilligend im Wege steht;

2. die Lüge im Prozesse, d. i. ein schuldhaftes Verhalten der Partei (oder eines Dritten) zu einem Tatbestande, zur Wahrheit, und zwar in arglistiger Absicht, die wissentliche Behauptung der Unwahrheit in der Absicht, einen anderen zu täuschen;

3. die qualifizierte Prozeßschikane, d. i. jede dolo malo geschehende Erschwerung des Prozesses mittels Einwirkung auf die Urteilsgrundlage, durch Fälschung der selbst vorgebrachten Beweise und Beweisstücke oder vermittels Erschwerens oder Unmöglichmachens des gegnerischen Beweises;

4. die Prozeßverschleppung oder der Prozeßverschleif.

Der Verfasser erörtert dann weiter im einzelnen:

Zu 1: einmal das mutwillige Prozessieren auf Seiten des Klägers und seine Repression durch Gesetz und Rechtsprechung, sodann das mutwillige Prozessieren auf seiten des Beklagten, seine Erscheinungsformen und seine Wirkungen, schließlich den Prozeßmutwillen ohne Ansehung der Parteirolle;

zu 2: die Lüge im Zivilprozesse, die gesetzliche Quelle und nähere Begrenzung des Lügenverbots, ferner die Lüge im Strafprozesse, sodann die Rechtsfolgen der Lüge und schließlich die Lüge begangen durch Dritte;

zu 3: den Begriff und die Erscheinungsformen der qualifizierten Prozeßschikane im Anschluß an die Beweismittel der ZPO. unter Hervorhebung der Verletzung der Eidespflicht sowie die Rechtsfolgen der Schikane (Verschiebung der Beweislast);

zu 4: die repressiven Maßregeln gegen die Prozeßverschleppung, Arten der objektiven und subjektiven Prozeßverzögerung und ihre Bekämpfung durch Nachteile in der Sache selbst, zum Schlusse die Repression der Prozeßverschleppung mittels Prozeßstrafen.

Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

Vorbemerkung: In der Literatur besonders bemerkenswert ist eine Reihe von Artikeln, welche sich mit der Frage beschäftigen, ob der Armenanwalt bereits durch seine Bestellung berechtigt und verpflichtet wird, für die arme Partei zu handeln, oder ob es hierzu vorerst der Bevollmächtigung durch diese bedarf. Die Rechtsprechung beschäftigt sich, wie in den früheren Jahren, vornehmlich mit der Auslegung der Bestimmungen über die Festsetzung des Streitwerts und die Kostenlast.

Erster Abschnitt. Gerichte.

Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit.

§§ 1 ff. *Höpfner, BuschZ. 34 465 ff. Man kann (bei Klassifizierung der Zuständigkeitsnormen) die Ausdrücke sachliche, örtliche, funktionelle Zuständigkeit gebrauchen mit Rücksicht auf die verschiedenen Gesichtspunkte, die das Gesetz zur Bestimmung der Zuständigkeit des Gerichts für eine bestimmte Funktion verwertet. Dann ist die Aufzählung dieser drei Zuständigkeiten keine vollständige. Besser (weil erschöpfend) spricht man lediglich von geschäftlicher (funktioneller) Zuständigkeit in dem Sinne, daß zum Geschäftskreis eines Gerichts bestimmter Art eine bestimmte Rechtspflegefunktion gehöre, und von örtlicher Zuständigkeit in dem Sinne, daß eine bestimmte Sache in den Geschäftskreis der Gerichte eines bestimmten Bezirks falle. Die sog. sachlichen Zuständigkeitsnormen bilden dann einen Teil der geschäftlichen Zuständigkeitsnormen.

§ 3. Literatur: Rittmann, Der Wert des Streitgegenstandes. (2). Straßburg 1905.

1. Allgemeines. — **a)** **RG.** R. **05** 619. Für die Bemessnug des Wertes des Streitgegenstandes kommt es auf das Interesse des Klägers an, auch wenn das Interesse des Beklagten höher zu schätzen ist, weil das Interesse des Beklagten nicht über das des Klägers hinaus Berücksichtigung finden kann. — **b)** HessRspr. **6** 115 (Darmstadt). Wenn auch im allgemeinen der Streitwert durch die erhobenen Ansprüche, wie solche in den gestellten Anträgen zum Ausdruck gelangt sind, bestimmt wird, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß etwaige, bei Stellung der Anträge untergelaufene Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten als solche zu berücksichtigen sind, und daß deren Berichtigung mit der Wirkung als zulässig erachtet werden muß, daß die berichtigte Angabe bzw. der berichtigte Antrag als der von Anfang an maßgebende in Betracht zu kommen hat.

2. Einzelne Fälle. — **a)** **RG.** JW. **05** 206. Wird mit einer Klage die Feststellung begehrt, nicht daß eine Forderung besteht, sondern daß sie zu einer bestimmten Zeit bestanden hat, so ist das Interesse des Klägers an dieser Feststellung nicht schlechthin nach der Höhe der Forderung, sondern nach freiem Ermessen festzusetzen. — **b)** NaumburgAK. **05** 39 (Naumburg). Bei Festsetzung des Wertes eines wahlweisen Anspruchs ist, wenn der Beklagte das Wahlrecht hat, von dem minderwertigen Gegenstande auszugehen. — **c)** **RG.** JW. **05** 113. Bei einer nach Rücktritt vom Vertrag erhobenen Klage auf Herausgabe von Wechseln, die zur Sicherung für etwaige aus dem Vertrag entspringende Ansprüche gegeben sind, ist der Wert des Streitgegenstandes nicht nach dem Betrage der Wechselsummen, sondern nur nach der wegen des Rücktritts erwachsenen Schadensersatzforderung und dem Interesse an der Herausgabe der Wechsel zu bemessen. — **d)** **RG.** JW. **05** 24. Bei Klagen auf Abnahme der Kaufsache, insbesondere auf Entgegennahme der Auflassung, ist nicht der Wert des Streitgegenstandes, sondern das Interesse, das der Kläger daran hat, daß die Auflassung entgegengenommen wird. Besteht dasselbe darin, daß das Restkaufgeld sichergestellt wird, so ist es nicht dem zu sichernden Kapital an Höhe gleich zu erachten, sondern nach freiem Ermessen festzusetzen (vgl. JDR. **3** Ziff. 2 q). — **e)** R. **05** 253 (Braunschweig). Bei Klagen auf Einwilligung in die Wandelung ist der Wert des Streitgegenstandes nicht ohne weiteres nach dem Werte der zurückzugebenden Kaufsache, sondern nach dem Interesse des Klägers an der Aufhebung des Vertragsverhältnisses zu bestimmen. — **f)** OLG. **11** 44 (Colmar). Bereits JDR. **3** Ziff. 2 k. — **g)** **RG.** BadRpr. **05** 340. Der Umstand, daß ein Anspruch auf Befreiung von persönlicher wie dinglicher Haftung gerichtet ist, verdoppelt nicht den Wert des Streitgegenstandes. — **h)** **RG.** JW. **05** 113. Ist ein Urteil auf Untersagung von Zeitungsinseraten und Bekanntmachung der Entscheidung in Zeitungen ergangen, so bildet den Beschwerdegegenstand für die Revision des Beklagten sein in Geld anzuschlagendes Interesse daran, daß das gegen ihn ausgesprochene Verbot und die dem Kläger eingeräumte Publikationsbefugnis beseitigt werde. Die Schadensberechnung in einer etwa gegen ihn angestrengten Schadensersatzklage kommt nicht in Betracht. — **i)** ElsLothZ. **05** 358, OLG. **11** 44 (Colmar). Für Klagen auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger den ihm aus einem Unfalle künftig entstehenden Schaden zu ersetzen, ist der Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen zu bestimmen. Hierbei ist wesentlich in Betracht zu ziehen, welches Interesse der Kläger daran hat, den Schadensersatzanspruch, bevor seine Höhe feststeht, dem Grunde nach feststellen zu lassen. — **k)** **RG.** JW. **05** 24, Gruchots Beitr. **49** 655. Für den Wert des Streitgegenstandes in einem Rechtsstreit, in welchem die Ehefrau Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung verlangt, sind nicht die Wertziffern der einzelnen zu dem in Rede stehenden Vermögen gehörenden Bestandteile maßgebend; er richtet sich vielmehr lediglich nach dem Interesse, das die Frau an der von ihr beantragten Maßregel hat, und dies Interesse ist gemäß § 3 nach freiem Ermessen zu schätzen. — **l)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 110 ff. Der Anspruch auf Rechnungslegung ist ein vermögensrechtlicher und deshalb nach freiem richterlichem Ermessen festzusetzen. Über den Einfluß der Höhe des Angebots einer zur Schlichtung des Streits angebotenen Vergleichssumme s. 112.

§ 4. **a)** **RG.** R. **05** 648. Ein neben dem Anspruch auf Befreiung von einer Schuld geltend gemachter Anspruch auf Erstattung der gezahlten Zinsen der Schuld hat dann nicht den Charakter einer Nebenforderung, wenn er derart auf eine selbständige Abrede gestützt ist, daß er trotz Abweisung des Befreiungsanspruchs zuerkannt werden kann. — **b)** **RG.** JW. **05** 342. Zinsen gelten bei

der Frage der Zulässigkeit der Revision nicht als Nebenforderung, wenn das Berufungsurteil die Hauptforderung zuspricht, die Zinsenforderung aber aberkennt und die Revision nur wegen dieser Aberkennung der Zinsen eingelegt wird; betragen in solchem Falle die aberkannten Zinsen mehr als 1500 M., so ist die Revision zulässig. Dagegen würde die Revision unzulässig sein, wenn das Berufungsurteil sowohl die Hauptforderung, die den Betrag von 1500 M. nicht erreicht, wie auch die diesen Betrag übersteigende Zinsforderung abgewiesen hat und die Revision sowohl wegen der Hauptforderung als auch wegen der Zinsenforderung eingelegt wird (JDR. 3 Ziff. 2). — **c)** **RG.** R. **05** 620. Zinsen und Kosten verlieren ihre Natur als Nebenforderungen nicht dadurch, daß sie mit der Hauptschuld in eine Summe zusammengefaßt werden. — **d)** **RG.** R. **05** 620. Zu den Nebenkosten gehören bei dem Anspruch auf Wandelung eines Kaufvertrags die Lagerkosten für die Ware. — **e)** **RG.** SeuffA. **60** 166, GruchotsBeitr. **49** Beil. 1006, JW. **05** 114. Ist Gegenstand der Klage der Ersatz einer verauslagten Provision nebst den Zinsen von ihr und denjenigen Kosten, welche dem Kläger dadurch erwachsen sind, daß er sich zur Zahlung der Provision von dem Provisionsberechtigten hat verklagen lassen, so kommt für die Bestimmung des Wertes des Streitgegenstandes nur die Provisionsforderung in Betracht. — **f)** **RG.** JW. **05** 372. Ist in der Klage die Höhe des Anspruchs auf Schadensersatz der Festsetzung nach richterlichem Ermessen anheimgestellt und kommt dann ein Vergleich über den Anspruch zustande, so ist der Streitwert nach dem objektiv festgestellten Betrage des Schadens festzusetzen und hierfür vermag eine in den Vergleich über die Höhe des Schadens aufgenommene Bestimmung einen Anhalt zu bieten.

§ 6. **a)** Beck, JustdRdsch. **05** 37 f. Im Offenbarungseidsverfahren ist der Streitwert nach der Höhe der vollstreckungsreifen Forderung zu bemessen. — **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1008. Wenn Gegenstände, an denen der Vermieter wegen einer Mietforderung sein Vermieterpfandrecht geltend macht, von einem Dritten vindiziert werden, so ist für die Bemessung des Streitwerts nicht die Höhe der Mietforderung, sondern der Wert der vindizierten Gegenstände maßgebend, da die Frage, ob dem Vermieter ein Pfandrecht an den Gegenständen zusteht oder nicht, überhaupt nicht Gegenstand der richterlichen Entscheidung wird. — **c)** **RG.** FrankfRundsch. **39** 61. Bei einer Kage aus einem Bierlieferungsvertrag, in der vom Beklagten beansprucht wird, das Bier für seine Wirtschaft bis zu einem bestimmten Termin ausschließlich von dem Kläger zu beziehen, ist neben § 6 auch § 3 anzuwenden, da der Geldwert der Forderung bei dem schwankenden Bierkonsum weder ziffermäßig feststeht, noch durch Berechnung festgestellt werden kann. — **d)** BayObLG. **6** 393, R. **05** 434. Hat eine Feststellungsklage nicht nur die Nichtigkeit eines Kaufvertrags über ein Grundstück, sondern auch die Nichtigkeit des Eigentumsübertragungsvertrags zum Gegenstande, so wird der Wert des Streitgegenstandes nach dem Werte des Grundstücks bestimmt und dabei die Belastung mit Hypotheken außer Betracht gelassen.

§ 8. SchlHolstAnz. **05** 244 (Kiel). Ist das Mietverhältnis auf unbestimmte Zeit eingegangen, so ist bei der Wertfestsetzung die aus der gesetzlichen Kündigungsbefugnis sich ergebende Mindestdauer in Betracht zu ziehen.

Zweiter Titel. Gerichtsstand.

§ 12. **RG.** R. **05** 81. Bei der Häufung mehrerer Klagegründe ist die örtliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichts für jeden der Klagegründe besonders zu prüfen. Fallen die Voraussetzungen der Zuständigkeit und der Begründetheit zusammen, so ist für den Fall, daß sich ergibt, daß dieselben nicht vorliegen, die Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts und nicht als unbegründet abzuweisen.

§ 17. 1. *Harster, BayRpflZ. **05** 16. Der zusammengesetzte Schulsprengel nach bayerischem Rechte hat seinen Gerichtsstand am Sitze der Gemeinde, deren Verwaltung verstärkt ist.

2. **a)** **RG.** JW. **05** 206. Die §§ 17, 22 finden auch auf solche Gesellschaften Anwendung, die zwar organisiert und von den Personen der zeitigen Mitglieder unabhängig sind, denen aber die juristische Persönlichkeit fehlt und daher nur Parteifähigkeit gemäß § 50 Abs. 2 zukommt. — **b)** **RG.** JW. **05** 25. Sind die handelsrechtlichen Vorschriften, wonach der Sitz einer Aktiengesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrage und überdies aus dem Handelsregister erhellen muß, erfüllt, so schließt das die Anwendbarkeit der in Abs. 1 Satz 2 enthaltenen Hilfsvorschrift mit Notwendigkeit aus. Es gelten bei Regelung des allgemeinen Gerichtsstandes nicht nebeneinander der im Gesellschaftsvertrage bestimmte Sitz und der davon abweichende Verwaltungsort als Sitz der Gesellschaft, sondern der statutarische Sitz schließt die Maßgeblichkeit des Verwaltungsorts aus.

3. Abs. 3. **RG.** JW. **05** 723. Die vor Inkrafttreten der ZPO. erfolgte Anordnung eines ausschließlichen ausländischen Gerichtsstandes durch das Statut einer Versicherungsgesellschaft hat durch die Einführung der ZPO. ihre Wirkung nicht verloren. Sie ist dahin auszulegen, daß der ausländische Gerichtsstand auch für Klagen der Gesellschaft gegen ihre Mitglieder gelten soll.

§ 21. **RG.** R. **05** 315. Wenn auch nicht jede auswärtige Geschäftsstelle den Gerichtsstand der Niederlassung begründet, so genügt dazu doch, daß tatsächlich deren Leiter selbständig in erheblicherem Umfange fortgesetzt unmittelbare Abschlüsse bewirkt und nicht bloß vermittelt.

§ 22. Vgl. o. zu § 17 Ziff. 2.

§ 23. 1. *Rudorff, Zum Gerichtsstande des Vermögens, GruchotsBeitr. **49** 605, führt unter Heranziehung des § 328 Ziff. 1 u. 2 ZPO. aus, daß auch dieser Gerichtsstand zur Zeit der Erhebung der Klage im Sinne des § 253 ZPO. begründet sein muß, und daß daher erst durch Erhebung der Klage erwachsende Ansprüche, namentlich auf Herausgabe von Handakten auf Erstattung von Prozeßkosten, auf Erstattung eines dem Rechtsanwalt für diesen Prozeß geleisteten Vorschusses bzw. eines Restes davon, nicht geeignet sind, den Gerichtsstand des Vermögens zu begründen, und daß in dem Vorschützen der Unzuständigkeits-Einrede keine Einlassung auf den Prozeß im Sinne des § 328 Ziff. 2 zu finden ist.

2. **a)** **RG.** **59** 106. Ist der Drittschuldner eine Aktiengesellschaft, so ist der Gerichtsstand des Vermögens nur da begründet, wo die Aktiengesellschaft ihren Sitz hat, nicht auch daneben an dem Orte, wo die Verwaltung geführt wird. Ist im Gesellschaftsvertrage Berlin als Sitz bestimmt, so ist darunter nur Berlin selbst, nicht Berlin einschließlich der nach wirtschaftlichen Anschauungen dazu gerechneten Vororte zu verstehen. — **b)** OLG. **11** 45 (Hamburg). Der einem Rechtsanwalt gezahlte Kostenvorschuß ist kein Vermögen im Sinne des § 23. Denn sonst wäre, da die Rechtsanwälte gerade von Ausländern in erster Linie einen Kostenvorschuß erheben, die Zuständigkeit des mit der Anführung irgendeines Zuständigkeitsgrundes angegangenen Prozeßgerichts stets gegeben, und die inländische Gerichtsbarkeit für Ausländer zur Regel erhoben, das Prozeßgericht tatsächlich allgemeiner Gerichtsstand für sie.

§ 24. RheinA. **102** I 7 (Köln). Für die Anfechtungsklage des Konkursverwalters, eine zugunsten des Beklagten eingetragene Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären, ist das Gericht der belegenen Sache nicht zuständig. Jedoch kann unter Umständen die Zuständigkeit dieses Gerichts als forum delicti commissi begründet sein.

§ 29. **a)** **RG.** R. **05** 283. Wenn bei einem Streite über die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts die kompetenzbegründenden Tatsachen zugleich not-

wendige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs selbst sind, also der Nachweis der Zuständigkeit mit dem Nachweise der sachlichen Begründung des Klaganspruchs vollständig zusammenfällt, so bedarf es eines besonderen Nachweises der Zuständigkeit nicht, da in diesem Falle eine Verurteilung des Beklagten durch ein unzuständiges Gericht ausgeschlossen und damit das Interesse des Beklagten, der die Unzuständigkeitseinrede geltend gemacht hat, gewahrt ist. Ergibt sich dagegen die Zuständigkeit des Gerichts erst aus einer selbständigen Tatsache, so ist sie vom Beklagten im Bestreitungsfalle zu beweisen. — **b)** R. **05** 370, BraunschwZ. **05** 159, OLG. **11** 47 (Braunschweig). Als Voraussetzung für die Zuständigkeit des Gerichts genügt die bloße Behauptung der sie begründenden Tatsachen, sofern diese zugleich zum Klagegrunde gehören; des Nachweises dieser Tatsachen bedarf es nicht. — **c)** **RG.** SeuffA. **60** 293, R. **05** 62, FrankfRundsch. **39** 110. Wenn die den Gegenstand der Klage bildenden Verpflichtungen im Verhältnisse von Haupt- und Nebenverpflichtung zueinander stehen, so ist der Gerichtsstand des Erfüllungsorts nur da gegeben, wo die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen ist. Bei einer Klage auf Zahlung des Kaufpreises „Zug um Zug gegen Abnahme der Ware" ist der für die Zahlung bedungene Erfüllungsort maßgebend. — **d)** **RG.** JW. **05** 147. Die Bezeichnung eines Erfüllungsorts in der Schlußnote darf von dem Empfänger — anders als bei Fakturen — nicht unbeachtet bleiben. — **e)** **RG.** JW. **05** 293, GruchotsBeitr. **49** 1012. Eine Klage auf Rückzahlung einer Mäklerprovision wegen nicht gewissenhafter Ausführung des Mäklervertrags kann nicht im Gerichtsstande des Erfüllungsorts erhoben werden, da sich die Klage auf ungerechtfertigte Bereicherung stützt. — **f)** **RG.** Gruchots Beitr. **49** 1010, BayRpflZ. **05** 202, JW. **05** 147. Der § 29 gilt auch für den Eisenbahntransportvertrag; wie beim Werkvertrag überhaupt sind Gegenstand des Vertrags und der Erfüllung nicht die einzelnen Ausführungshandlungen, sondern das einheitliche Ergebnis, die Ablieferung des Gutes. — **g)** **RG.** JW. **05** 724. Bei einem Streite über die Verpflichtung aus § 12 des Gewerbe-Unfallversicherungsgesetzes ist der Gerichtsstand des § 29 ZPO. nicht gegeben, weil diese Verpflichtung nicht auf dem Vertragsverhältnisse, sondern auf Gesetz beruht.

§ 32. **a)** **RG.** **60** 363, DJZ. **05** 603, JW. **05** 342. Auf Ersatz des durch die Veröffentlichung einer Druckschrift verursachten Schadens kann vor jedem Gerichte geklagt werden, in dessen Bezirk Exemplare derselben verbreitet und gelesen worden sind, jedoch nur in dem Umfang, als der Schaden gerade durch die Verbreitung der Druckschrift an dem Orte des betreffenden Gerichts entstanden ist. — **b)** **RG.** **60** 300, DJZ. **05** 554. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist auch für Klagen aus § 1 HaftpflG. begründet.

§ 36. Ziff. 3. **a)** ElsLothZ. **05** 553 (Colmar). Die Behauptung, daß eine Streitgenossenschaft vorliege, genügt nicht für die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach Ziff. 3; es müssen vielmehr die behaupteten Tatsachen auch geeignet sein, eine Streitgenossenschaft zu begründen. — **b)** R. **05** 226 (Colmar). Die Prüfung eines Gesuchs um Bestimmung des zuständigen Gerichts im Falle der Ziff. 3 erstreckt sich nicht bloß darauf, ob ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand für den Rechtsstreit nicht begründet ist, sondern auch darauf, ob die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen der Streitgenossenschaft hinsichtlich der Mehrheit von Personen vorliegen, welche der Gesuchsteller zu verklagen beabsichtigt.

§ 37. **RG.** JW. **05** 148. Eine Anfechtung der Zuständigkeitsbestimmung durch das höhere Gericht ist selbst dann unzulässig, wenn dieses bei der Anwendung des § 36 Ziff. 3 rechtlich gefehlt haben sollte. Die Zuständigkeitsbestimmung kann auch noch nach Erhebung der Klage erfolgen.

Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit.

§ 38. RG. N. 05 315. Eine vertragsmäßige Vereinbarung eines ausschließlichen anderen Gerichtsstandes als des ordentlichen ist mit Rechtswirksamkeit nur dann anzunehmen, wenn nicht allein die Unzuständigkeit des gesetzlich zuständigen Gerichts vereinbart, sondern zugleich auch genau bestimmt ist, welches andere Gericht an Stelle des ordentlichen zuständig sein soll.

Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 42. OLG. 11 49 (Hamburg). Die Behauptung, daß der abgelehnte Richter wegen Nervenkrankheit nicht imstande sei, seines Amtes zu walten, bedarf keiner sachlichen Prüfung, weil dabei eine Besorgnis der Befangenheit, wie sie das Ablehnungsverfahren erfordert, überall nicht in Frage steht, sondern es sich dabei um die jedenfalls nicht in dieses Verfahren gehörige Frage handeln würde, ob der vom Staate in sein Amt berufene Richter noch fähig ist, seines Amtes zu walten.

§ 44. OLG. 11 170 (Karlsruhe). Das Ablehnungsgesuch kann auch in dem zur mündlichen Verhandlung über den Rechtsstreit bestimmten Termin und auch im Anwaltsprozesse von der Partei selbst — sogar gegen den Willen des Prozeßbevollmächtigten — vorgebracht werden. Die Partei hat aber kein prozessuales Recht darauf, in dem Verhandlungstermin alles vorzubringen, was ihr zur näheren Darlegung des Ablehnungsgesuchs dienlich erscheint, vielmehr wird den gesetzlichen Vorschriften genügt, wenn der Partei, nachdem das Gesuch vorgebracht und der Ablehnungsgrund erklärt und beides zum Sitzungsprotokolle festgestellt ist, Gelegenheit und Zeit geboten wird, den Ablehnungsgrund nach Gutfinden näher darzulegen.

§ 47. Altmann, DJZ. 05 211, empfiehlt, damit eine schikanöse Ablehnung des Richters durch den Beklagten unmöglich wird, die Einfügung folgenden Zusatzes: Bei Eingang des Ablehnungsgesuchs bereits vorliegende gerichtliche Entscheidungen sind zu verkünden. — Dazu Metzges, ebenda 355.

Zweiter Abschnitt. Parteien.

Erster Titel. Partei- und Prozeßfähigkeit.

§ 50. I. *Harster, BayRpflZ. 05 16 ff. Der zusammengesetzte Schulsprengel nach bayerischem Rechte kann als solcher weder klagen, noch verklagt werden. Streitpartei sind die zum Schulsprengel ganz oder mit Teilen gehörigen politischen Gemeinden, vertreten durch die verstärkte Gemeindeverwaltung (meist der Schulsitzgemeinde). Diese hat aktive und passive Prozeßvollmacht. Zustellung an den Bürgermeister als Vorstand der verstärkten Gemeindeverwaltung genügt.

II. *Hölder, Natürliche u. juristische Personen 278 ff. Daraus, daß in dem Rechtsstreite der nicht rechtsfähige Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins hat, folgt für seinen Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters nach § 26, die er aber nicht erst durch den Rechtsstreit erlangt, sondern schon vorher dadurch hat, daß der Verein belangt werden kann durch die Belangung seines Vorstandes als seines gesetzlichen Vertreters. Daß ein nicht rechtsfähiger Verein klagen kann, bestimmt das Gesetz nicht. Es ist aber möglich, eine Klage im Namen sowohl eines solchen, als überhaupt einer Gesellschaft im Sinne einer Klage, die erhoben ist im Namen sämtlicher Vereinsmitglieder oder Gesellschafter, deren Benennung nicht erforderlich ist, weil Leistung nicht an sie, sondern an den in ihrem Namen Klagenden als einen solchen verlangt wird, der sie nicht als diese Menschen, sondern als die Teilhaber dieser Vereinigung vertritt.

III. Nußbaum, Die nicht rechtsfähigen Vereine im Prozeß und im Kon-

kurse, BuschZ. 34 107 ff., hält den § 50 Abs. 2 für eine erhebliche Verschlechterung des früheren Rechtszustandes. Die jetzige Rechtslage wird in folgender Reihenfolge erörtert:

1. Passivprozesse des Vereins.

a) Die Grenzen der Parteifähigkeit der nicht rechtsfähigen Vereine. Die passive Parteifähigkeit bedeutet nicht, daß der Verein sich prozessual nicht anders wie passiv verhalten dürfe, er darf vielmehr innerhalb des gegen ihn angestrengten Rechtsstreits alle Befugnisse eines Beklagten ausüben und insoweit auch aktiv vorgehen. Dies wird im einzelnen ausgeführt.

b) Ihre Prozeßführung. Die Parteistellung der Mitglieder ist der allgemeine Grundsatz; dieselbe erfährt aber eine erhebliche Einschränkung dadurch, daß der Verein selbst im Rechtsstreite zu behandeln ist, wie wenn er rechtsfähig wäre, dergestalt, daß die aus der Einschränkung sich ergebenden Folgerungen denen vorgehen, die aus dem allgemeinen Grundsatze zu entnehmen sind. Die Prozeßführung liegt in der Hand des Vorstandes und ist mithin den Mitgliedern entzogen. Die Klage ist zu richten gegen den Verein, vertreten durch seinen Vorstand; in dieser Form hat der Verein auch zu klagen, sofern er überhaupt dazu befugt ist. Ist kein Vorstand vorhanden, so genügt die Bestellung eines besonderen Prozeßvertreters. Die Stellung des Vorstandes und der Vereinsmitglieder wird im einzelnen erörtert.

c) Zwangsvollstreckung gegen den Verein s. 8. Buch.

2. Aktivprozesse des Vereins. Bei Mangel der Parteifähigkeit ist der Prozeß nicht für unzulässig oder unmöglich zu erklären, das Urteil ist vielmehr der formellen Rechtskraft fähig und der Tenor auf Unzulässigkeit der Klage zu richten. Die Kosten sind dem Verein aufzuerlegen, über eine Widerklage ist weiter zu verhandeln. Erlangt der Verein im Laufe des Rechtsstreits die Rechtsfähigkeit, so wird der Mangel der Prozeßfähigkeit mit rückwirkender Kraft geheilt, im umgekehrten Falle ist die Klage für unzulässig zu erklären. Wird trotz mangelnder Parteifähigkeit in der Sache erkannt, so ist das Urteil voll wirksam. Es kann in jeder nach der ZPO. zulässigen Weise sowohl für wie gegen den Verein vollstreckt werden, es ist ferner für und gegen den Widersacher, aber auch für und gegen etwaige Streitgenossen des Vereins materiell wirksam.

3. Rechtsstreitigkeiten der vereinigten Mitglieder. Sie können in ihrer Gesamtheit die Vereinsrechte prozessual geltend machen und wegen der Vereinsverbindlichkeiten verklagt werden, sie sind dann notwendige Streitgenossen. Sämtliche Mitglieder sind im Klagerubrum einzeln namhaft zu machen, die Prozeßvollmacht braucht dagegen nur vom Vereinsvorstand unterzeichnet zu sein; die Parteieide sind von den Mitgliedern zu leisten. Zwischem dem Prozesse des Vereins als solchen und der vereinigten Mitglieder besteht ein sachlicher Unterschied nicht, § 50 Abs. 2 gewährt dem Vereinsgläubiger lediglich eine bequemere Form der Klage gegen die Vereinsmitglieder kumulativ. In der Überleitung von der einen in die andere Form liegt keine unzulässige Klagänderung, beide Klagen können kumulativ angestrengt werden, eine Klage der Mitglieder kann mit einer Widerklage gegen den Verein beantwortet werden. Rechtshängigkeit und Rechtskraft wirken bei Prozessen des Vereins für und gegen die Mitglieder und umgekehrt. Aus einem Schuldtitel gegen die Mitglieder kann in das Vereinsvermögen vollstreckt werden, nicht dagegen umgekehrt. Der durch die Versagung der aktiven Parteifähigkeit geschaffenen mißlichen Rechtslage kann abgeholfen werden, indem entweder die Vereinsmitglieder ihre Rechte fiduziarisch einem Vertrauensmann übertragen oder dem Vorstand oder anderen Personen Vollmacht geben, in ihrem, der Mitglieder, Namen die betreffenden Rechte geltend zu machen.

4. Einzelfragen.

a) Ausländische nicht rechtsfähige Vereine sind wie inländische zu behandeln, ebenso sind aber unter Umständen auch rechtsfähige Vereine des Auslandes zu behandeln.

b) Der § 50 ZPO. findet auf die vor dem 1. 1. 00 entstandenen nicht rechtsfähigen Vereine Anwendung.

c) Der nicht rechtsfähige Verein kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden.

d) Zu den Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist der nicht rechtsfähige Verein nicht zuzulassen; ausgenommen sind solche Akte, deren der Verein zur Durchführung seiner prozessualen passiven Parteifähigkeit bedarf.

e) Ebenso findet § 50 auch auf das Verwaltungsstreitverfahren keine Anwendung.

IV. Aus der Praxis. — **a)** Abs. 1. FrankfRundsch. **39** 37 (Frankfurt). Eine gültige Klagerhebung gegenüber einer bereits verstorbenen Person kann nicht stattfinden, daher auch keine gültige Ersatzzustellung an den Beklagten vorgenommen werden, ohne Rücksicht darauf, ob ein Hausgenosse zur Entgegennahme der Klage bereit ist. Jedoch steht den Erben des Beklagten die Befugnis zu, die Parteiunfähigkeit des Erblassers im Prozesse geltend zu machen bzw. durch einen Prozeßbevollmächtigten die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit vorbringen zu lassen. — **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1016. Gegen eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann nicht der Einwand erhoben werden, daß sie wegen eines Mangels im Gesellschaftsvertrage nichtig und deshalb nicht parteifähig sei. — **c)** Abs. 2. α. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1014 s. o. § 54 BGB. Ziff. 7a, vgl. auch dort Ziff. 1a. — β. SchlHolstAnz. **05** 100 (Kiel). Erhebt ein nicht rechtsfähiger Verein Klage, so kann der dem Verfahren infolge der dem Kläger fehlenden Parteifähigkeit anhaftende Mangel nicht nachträglich dadurch geheilt werden, daß der Verein im Laufe des Rechtsstreits die Rechtsfähigkeit erlangt.

§ 52. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 953. Eine Ehefrau ist, wenn sie ein zum eingebrachten Gute gehöriges Recht geltend machen will, ohne Zustimmung des Mannes zwar prozeßfähig, aber nicht zur Sache legitimiert. Der Richter muß bei Klagen der Frau, die nicht unzweifelhaft Vorbehaltsgut betreffen, das Vorhandensein der ehemännlichen Zustimmung mit derselben Sorgfalt prüfen, die er auch sonst auf die Erörterung der zur Schlüssigkeit des Klagevorbringens notwendigen Tatumstände zu verwenden hat, und bei Mangel der Zustimmung die Klage von Amts wegen abweisen. — **b)** **RG.** **60** 85, JW. **05** 208, 343, GruchotsBeitr. **49** 944. Wenn eine Ehefrau im Beistande ihres Ehemanns Klage erhebt, so zwingt der Zusatz „im Beistande des Ehemanns" allein nach jetzigem Rechte nicht mehr zu der Auslegung, daß der Mann durch die Frau im Prozesse vertreten sein wolle, sondern dieser Zusatz besagt an sich nichts weiter, als daß der Mann mit der Klagerhebung einverstanden sei. Durch eine außerhalb des Prozesses erteilte Zustimmung wird der Ehemann nicht Prozeßpartei und kann daher als Zeuge vernommen werden.

§ 54. **RG.** JW. **05** 533. Ein gerichtlicher Vergleich gilt nicht als Prozeßhandlung im Sinne des § 54; seine materielle Gültigkeit kann in dem anhängigen Verfahren von einer Partei angefochten werden. — Anders **RG.** JW. **05** 535.

§ 56. **a)** **RG.** R. **05** 81. Zur Vermeidung nichtigen Verfahrens hat das Gericht in jedem Stadium, also auch in der Revisionsinstanz den Mangel der Prozeßfähigkeit von Amts wegen zu berücksichtigen. Danach muß eine Entscheidung der Vorinstanz, durch welche die in Frage gestellte Prozeßfähigkeit einer Partei als vorhanden angenommen ist, auch in tatsächlicher Beziehung von dem

Revisionsgerichte nachgeprüft werden. — **b**) R. **05** 595 (Stuttgart). Der in der Zustellung der Klageschrift an eine prozeßunfähige (z. B. geisteskranke) Partei gelegene, von Amts wegen zu berücksichtigende prozessuale Mangel kann durch Genehmigung der Prozeßführung seitens des nachher in den Prozeß eingetretenen Berechtigten geheilt werden.

Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

§ 61. **RG.** JW. **05** 726. Eine Berufung, die nur einem von mehreren notwendigen Streitgenossen gegenüber erhoben wird, ist allen Streitgenossen gegenüber unwirksam.

§ 62. **a**) **RG.** R. **05** 19. Die gegen mehrere Miterben gerichtete Klage, daß auch dem Kläger ein Miterbrecht in Höhe einer bestimmten Quote zusteht, begründet keine notwendige Streitgenossenschaft der Beklagten. — **b**) SchlHolstAnz. **05** 180 (Kiel). Die notwendige Streitgenossenschaft hat nicht zur Folge, daß durch Urteilszustellung des einen Streitgenossen der Lauf der Rechtsmittelfrist auch in Ansehung der anderen Streitgenossen eröffnet wird, auch nicht, daß die Berufung, wenn sie einem Streitgenossen gegenüber zurückgenommen ist, gegen die anderen nicht weiter verfolgt werden kann. — **c**) **RG.** **59** 234, JW. **05** 49. Eine notwendige Streitgenossenschaft liegt nicht vor, wenn eine Klage gegen eine Frau auf Leistung und zugleich gegen ihren Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut gerichtet ist. — **d**) SeuffA. **60** 295 (Königsberg). Mehrere Miterben sind regelmäßig nicht notwendige Streitgenossen; sie nehmen diese Stellung nur dann ein, wenn ein Nachlaßgläubiger gemäß § 2059 Abs. 2 BGB. von dem Rechte, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen, Gebrauch macht, oder wenn der Antrag darauf gerichtet ist, eine Forderung als Nachlaßforderung festzustellen.

§ 63. **a**) R. **05** 531 (BayObLG.). Die Ladung der Streitgenossen und der Hauptpartei zur mündlichen Verhandlung über die von dem Nebenintervenienten eingelegte Berufung braucht nicht innerhalb der Berufungsfrist zu erfolgen, sie kann auch nachträglich geschehen, und es kann auf sie auch von den Streitgenossen und der Hauptpartei verzichtet werden. — **b**) **RG.** **60** 269, JW. **05** 293. Die im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft von einem Streitgenossen eingelegte Berufung wird nicht dadurch unwirksam, daß er die Zuladung des anderen Streitgenossen zum Verhandlungstermin unterläßt. Die Zuladung eines Streitgenossen braucht nicht die ausdrückliche Aufforderung, in dem Verhandlungstermine zu erscheinen, zu enthalten; es genügt, wenn sie sich aus dem Zusammenhange des übrigen Schriftsatzinhalts und aus den Umständen, unter denen dieser zugestellt wird, mit hinreichender Deutlichkeit ergibt.

Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 64. **a**) **RG.** ElsLothZ. **05** 545, JW. **05** 534. Eine Hauptintervention hat nur die drei im § 64 bezeichneten prozessualen Voraussetzungen. Ihre Zulässigkeit beurteilt sich nicht nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten, und es ist daher in dieser Beziehung gleichgültig, ob eine der Hauptparteien dem Anspruche des Hauptintervenienten materiell, z. B. wegen eines außerhalb des Prozesses gegebenen Anerkenntnisses, nachgeben muß. — **b**) R. **05** 81 (Colmar). Die „Inanspruchnahme" des Rechtes oder der Sache für den Hauptintervenienten ist gleichbedeutend damit, daß er sich ein das Recht des Erstklägers ausschließendes Recht an dem Streitgegenstande zuschreibt.

§ 66. **a**) HansGZ. **05** Beibl. 155, OLG. **11** 50 (Hamburg). Ein rechtliches Interesse liegt nicht nur dann vor, wenn das im Rechtsstreite der Hauptparteien ergehende Urteil unmittelbar Rechtswirkung zugunsten oder zuungunsten des Nebenintervenienten hervorrufen kann, sondern schon dann, wenn auch nur tatsächlich

durch das Urteil die Rechtslage des Nebenintervenienten beeinflußt wird. Die Tatsache, daß die Streitverkündung seitens einer Partei erfolgt ist, schließt nicht aus, daß der Nebenintervenient ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Gegenpartei hat und dieser beitritt. — **b)** **RG.** R. **05** 19. Ist der Mangel des rechtlichen Interesses des Nebenintervenienten von keiner Partei gerügt, so ist er zuzulassen. Eine Hinausweisung des Nebenintervenienten aus dem Prozesse von Amts wegen findet nicht statt. — **c)** **RG.** JW. **05** 644, 725. Es ist zulässig, daß der Nebenintervenient im Laufe des Rechtsstreits, auch in höherer Instanz, die zuerst erklärte Nebenintervention zurücknimmt und der Gegenpartei beitritt.

§ 67. **a)** MecklZ. **23** 234 (Rostock). Die Kosten einer von dem Nebenintervenienten für die Hauptpartei eingelegten Berufung hat — mit Ausnahme der durch die Nebenintervention entstandenen Kosten, welche dem Nebenintervenienten zur Last fallen — die Hauptpartei zu tragen. — **b)** SächsOLG. **26** 349. Der gemäß § 101 ZPO. für kostenpflichtig erklärte Nebenintervenient kann weder aus eigenem Rechte noch aus demjenigen der Hauptpartei ein Rechtsmittel einlegen, wenn die Entscheidung der Hauptpartei gegenüber rechtskräftig ist. — **c)** R. **05** 81 (PA.). Wenn der Kläger im Laufe des Rechtsstreits gegen den Willen des Nebenintervenienten die Klage zurücknimmt, kann letzterer die Fortsetzung des Verfahrens nicht selbständig betreiben.

§ 69. R. **05** 81 (Frankfurt). Der Nießbraucher ist nicht als streitgenössischer Nebenintervenient anzusehen und deshalb zur selbständigen Weiterführung des Rechtsstreits nicht berechtigt.

§ 70. BayObLG. **6** 306, SeuffBl. **05** 524. Bei Einlegung der Berufung durch einen hierbei als solcher auftretenden Nebenintervenienten ist die Berufungsschrift der Partei, welcher der Nebenintervenient beitritt, zuzustellen. Diese Partei braucht aber nicht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung geladen zu werden. — Anders BayObLG., ebenda 645.

§ 71. Literatur: Gusinde, Der Zwischenstreit in der deutschen Zivilprozeßordnung (Breslau 1905).

1. *Gusinde 11. Die mündliche Verhandlung mußte hier, wie in den übrigen Fällen des Zwischenstreits mit Dritten (§§ 135, 387), vorgeschrieben werden, da § 128 die Zwischenstreitigkeiten mit Dritten nicht trifft.

2. ElsLothZ. **05** 370 (Colmar). Die Entscheidung über die Nebenintervention kann, ohne ihren Charakter als ein durch sofortige Beschwerde anfechtbares Zwischenurteil zu verlieren, äußerlich mit der Entscheidung über die Hauptsache verbunden werden. Der Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention kann auch erst in der Berufungsinstanz gestellt werden, wenn nicht etwa auf einen solchen Antrag bereits in erster Instanz ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet wurde.

§ 75. *Pagenstecher, Zur Lehre v. d. materiellen Rechtskraft 429. Die Hinterlegungsstelle kann gegenüber dem Sieger im Prätendentenstreit nicht einwenden, der rechtskräftig unterlegene Prätendent sei der verus creditor des „verklagten Schuldners" gewesen und sei daher nunmehr Gläubiger der Hinterlegungsstelle. Die Auffassung Hellwigs über die Wirkungen des Urteils im Forderungsprätendentenstreit führt zum entgegengesetzten Resultat und ist deshalb unhaltbar (vgl. u. § 322 Ziff. I).

Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 78. 1. BayObLG. **5** 577. Der Umstand, daß der Prozeßbevollmächtigte in dem Rechtsstreit als Zeuge zu vernehmen ist, nötigt nicht, einen zweiten Anwalt als Prozeßbevollmächtigten zu bestellen; es genügt, den zweiten Anwalt mit der Vertretung in dem Vernehmungstermine zu beauftragen.

2. *Michels, DJZ. **05** 196, empfiehlt die Lokalisation der Rechtsanwälte auch bei den größeren Amtsgerichten.

§ 81. *Koerner, JW. **05** 279. Bei Klagen auf Forderung unter 150 M. „nebst Zinsen" empfiehlt es sich, in der Prozeßvollmacht nur die Hauptforderung anzugeben, weil sonst nach § 6 Abs. 9 StStG. das $12^{1}/_{2}$fache des einjährigen Zinsenbetrags als Wert des Zinsanspruchs angesehen werden muß (vgl. PrJMBl. **05** Nr. 1, KG.) und die Vollmacht dadurch der von § 4 Abs. 1 Nr. a StStG. gewährten Befreiung von dem durch Tarifstelle 73 Abs. 1 bestimmten Steuersatz von 50 Pf. verlustig gehen kann. In Anbetracht §§ 4, 81, 268 [2] ZPO. können in der Klage trotzdem neben der Hauptforderung auch noch Zinsen gefordert werden.

§ 85. RG. R. **05** 136. Die Anfechtung des vom Prozeßbevollmächtigten erklärten Verzichts auf Rechtsmittel wegen Irrtums richtet sich nach den Vorschriften des BGB.

Fünfter Titel. Prozeßkosten.

§ 91. I. 1. *Mannherz, GruchotsBeitr. **49** 66 ff., Kostenpflicht bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil. Die Kostenpflicht ist, wie die Motive zu dem früheren § 87 (Hahn 197) ergeben, die formale Folge des Unterliegens mit dem Rechtsstreite, nicht Strafe und nicht Schadensersatz für ein Verschulden (grundloses Prozessieren). Bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache ohne Urteil ist deshalb die von dem Kommentar und von Pfizer (GruchotsBeitr. **30** 98 ff.) vertretene Ansicht unrichtig, daß zu untersuchen sei, welche Partei Recht oder Unrecht gehabt hat, und welche unterlegen wäre, wenn der Rechtsstreit sich nicht ohne Urteil in der Hauptsache erledigt hätte. Nicht den trifft die Kostenpflicht, welcher unterlegen wäre, sondern den, der unterlegen ist, nicht die Partei, die mit Unrecht, sondern die, welche mit Mißerfolg streitet. Es ist deshalb bei der Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil zu untersuchen, welche Partei wirklich unterlegen ist, nicht welche unterlegen wäre. — Hat der Kläger im Laufe des Rechtsstreits Befriedigung seines Anspruchs oder Ersatz dafür erhalten, so ist Beklagter der Unterlegene, weil er der Klage nachgegeben, also Mißerfolg gehabt hat. In allen anderen Fällen der Erledigung dagegen unterliegt der Kläger, mag er auch mit der Klage im Rechte gewesen sein; so wenn er den Anspruch fallen läßt, ohne Befriedigung erlangt zu haben, oder die Befriedigung infolge eines äußeren Ereignisses (Tod, Untergang, Änderung der Gesetzgebung, Ende der Schutzfrist) unmöglich, die Klage also gegenstandslos geworden ist, und Kläger deshalb auf Entscheidung in der Hauptsache verzichtet. In solchen Fällen kann den Beklagten niemals die Kostenpflicht treffen, auch wenn er ursprünglich im Unrechte war, weil er schließlich nicht unterlegen ist; nicht der hypothetisch Unterlegene soll die Kosten tragen, sondern die wirklich unterliegende Partei. — Die Erklärung des Klägers, daß der Rechtsstreit in der Hauptsache „erledigt" sei, ist daher für die Kostenentscheidung ungenügend; soll der Beklagte die Kosten tragen, so muß er darlegen und ev. beweisen, daß er Befriedigung von demselben erhalten hat, andernfalls muß er stets selbst die Kosten tragen. Er kann auch die Klage nicht in eine Feststellungsklage dahin ändern, daß er ursprünglich im Recht gewesen sei, das würde nicht die Feststellung eines bestehenden Rechtsverhältnisses, sondern einer historischen Tatsache sein. Auch beim Vergleich, in dem die Kostenfrage nicht geregelt ist, ist zu untersuchen, inwiefern jede Partei nachgegeben hat, also unterlegen ist; insoweit sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

2. Meyer, BayRpflZ. **05** 202. Die Kosten einer Streitverkündung gehören zu den Kosten des Rechtsstreits, wenn die Streitverkündung zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig war.

3. Ungewitter, JustdRundsch. **05** 331. Bei der Festsetzung der Reisekosten des auswärtigen Rechtsanwalts ist auch deren Höhe zu prüfen. Hat der Anwalt nur zu seiner Bequemlichkeit einen teueren Reiseweg eingeschlagen, so muß der hierdurch veranlaßte Mehrbetrag vom Gegner nicht ersetzt werden.

4. Meyer, BayRpflZ. **05** 202. Die Kosten einer Streitverkündung können zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig sein. Hierüber ist aber nicht in dem Urteile, sondern erst bei der Kostenfestsetzung zu entscheiden.

II. Aus der Praxis. — **a)** OLG. **11** 169 (Stuttgart). Hat, nachdem der Auftrag zur Klagerhebung gegeben war, eine teilweise Befriedigung stattgefunden und ist es wegen des Restbetrags zur Klagerhebung und zu einem den Beklagten verurteilenden Erkenntnisse gekommen, so sind auch die allein auf den bezahlten Teilbetrag entfallenden Kosten als „Kosten des Rechtsstreits" jedenfalls dann anzusehen, wenn feststeht, daß die klägerische Forderung ursprünglich auf einen höheren als den eingeklagten Betrag gegangen und der Mehrbetrag nach Eintritt des Verzugs und nach der Erteilung des Auftrags zur Klagerhebung bezahlt worden ist. — **b)** R. **05** 315 (Breslau). Die auf der Zerlegung des geltend gemachten Klagegegenstandes beruhenden Mehrkosten treffen, im Gegensatze zu der lediglichen Verfolgung eines Teiles, auch dann den Kläger, wenn die Klagen in gewissen Zwischenräumen erhoben worden sind. — **c)** HessRspr. **6** 76 (Darmstadt). Reisekosten mehrerer Streitgenossen zum Zwecke gemeinschaftlicher Instruktion ihres Anwalts sind zu ersetzen, falls nur überhaupt das persönliche Erscheinen der Parteien bei ihrem Anwalte notwendig war; ein Streitgenosse braucht sich hierbei nicht durch den anderen vertreten zu lassen. — **d)** WürttZ. **17** 233 (Stuttgart). Reisekosten des am Orte des Prozeßgerichts wohnhaften Prozeßbevollmächtigten einer Partei, die zwecks Instruktion der Klage entstanden sind, können nicht deshalb gestrichen werden, weil die Partei sich eines an ihrem Wohnort ansässigen Anwalts hätte bedienen können. — **e)** **RG.** JW. **05** 50. Es läßt sich nicht allgemein und ausnahmslos der Grundsatz rechtfertigen, daß bei einer Beweisaufnahme, die lediglich eine technische Frage zum Gegenstande hat, die Vertretung einer Partei durch ihren eigentlichen, mit der Prozeßführung überhaupt betrauten Rechtsanwalt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich sei. Vielmehr kann in solchem Falle die Wahrnehmung des Beweistermins durch den eigentlichen Prozeßbevollmächtigten unter Umständen geboten sein, um ihn in den Stand zu setzen, die weitere Bearbeitung der Sache mit der erforderlichen Sachkenntnis vorzunehmen. — **f)** **RG.** SächsA. **15** 620, JW. **05** 372. Zu den nach § 91 ZPO. erstattungsfähigen Kosten gehört auch der Aufwand von Privatgutachten, deren eine Partei zu ihrer Information bedarf; der Umstand, daß die Partei selbst sachkundig ist, ist ohne Einfluß. — Ähnlich FrankfRundsch. **39** 87 (Frankfurt). — **g)** SeuffA. **60** 205 (Celle) [bestätigt vom RG.]. Die durch Einholung eines Rechtsgutachtens entstandenen Kosten können unter Umständen als für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendige angesehen werden. Hiervon kann jedoch nur dann die Rede sein, wenn es sich um Spezialkenntnisse auf einem entlegeneren Gebiete handelt, welche auch durch Benutzung der vorhandenen Literatur nicht oder nur mit großen Schwierigkeiten zu erwerben sind.

§ 93. I. Collard, BayRpflZ. **05** 299. Bietet nach Zurücknahme der Klage der Kläger dem Beklagten die ihm entstandenen Kosten an und verlangt letzterer unter Zurückweisung des Angebots Urteil im Kostenpunkte, so ist ein solches zu erlassen, jedoch hat der Beklagte einen Teil der Kosten verschuldet und sind ihm diese zufolge des im § 93 ZPO. zur Anwendung gelangten Grundsatzes zur Last zu legen. Die Teilung der Kosten nach Prozeß- oder Zeitabschnitten

muß bereits im Urteilstenore vorgenommen werden; im Kostenfestsetzungsverfahren kann dies um deswillen nicht mehr nachgeholt werden, weil damit nur ein Teil der vom Beklagten verursachten Kosten getroffen werden könnte.

II. Aus der Praxis. — **a)** KGBl. **05** 69 (KG.). Für die Beurteilung der Frage, ob der Beklagte zur Klagerhebung Veranlassung gegeben hat, ist sein Verhalten nicht nur vor, sondern auch nach der Zustellung der Klage in Betracht zu ziehen (vgl. bes. JDR. **3** Ziff. III 3). — **b)** HansGZ. **05** Beibl. 157 (Hamburg). Die Kostenlast ist grundsätzlich von der Frage des Verzugs, überhaupt eines Verschuldens des Beklagten unabhängig und lediglich auf die Tatsache des prozessualen Unterliegens abgestellt. Eine Veranlassung zur Verfolgung eines liquiden Anspruchs mittels Klage liegt nicht nur dann vor, wenn der Schuldner im Verzuge ist, sondern immer schon dann, wenn nach vernünftigem Ermessen der Kläger annehmen konnte, dieses Zwangsmittel zur Durchführung seines Anspruchs zu bedürfen. — **c)** (s. zunächst JDR. **3** Ziff. II 1—2). LG. I Berlin, KGBl. **05** 110. Nicht nur ein solches Anerkenntnis, welches unmittelbar nach Klagerhebung im ersten Verhandlungstermin abgegeben wird, darf als ein sofortiges angesehen werden; vielmehr auch ein solches, welches erfolgt, sobald die Voraussetzungen der Geltendmachung des Anspruchs dargetan sind. — **d)** ElsLothZ. **05** 480 (Colmar). Das Anerkenntnis ist auch dann ein sofortiges, wenn der Beklagte in der Klagebeantwortung zwar Abweisung beantragt, in der ersten mündlichen Verhandlung dagegen diesen Antrag nicht wiederholt, sondern den Klaganspruch anerkennt. (Ebenso JDR. **3** Ziff. II 3.) — **e)** LG. Köln, RheinARV. **05** 92, verwirft die Auffassung, daß zur Auslegung des § 93 der § 94 in dem Sinne zu verwerten sei, daß das erforderte „sofortige" Anerkenntnis nicht notwendig im ersten Verhandlungstermin abgegeben zu werden brauche; es legt daher die Kosten einer Widerspruchsklage, bei der der Kläger vor der Klage nur eine eidesstattliche Versicherung abgegeben, im Prozesse dagegen Zeugenbeweis angetreten hat und der Beklagte nach Erhebung dieses Beweises den Klaganspruch anerkannt hat, dem Beklagten auf. — Den Ausführungen des Landgerichts wird ebenda widersprochen. — **f)** R. **05** 254, SeuffA. **60** 421, OLG. **11** 54 (Kassel). Ein Anerkenntnis des geltend gemachten Anspruchs, das der Beklagte abgibt, nachdem er zunächst den geltend gemachten Anspruch durch das Vorschützen von Einwendungen als ungerechtfertigt bestritten hat, *ist* kein „sofortiges", auch wenn der Beklagte einen Antrag auf Klagabweisung *nicht* gestellt hat. — **g)** R. **05** 226 (Zweibrücken). Wenn im Laufe des Prozesses der Gegenstand durch Zahlung der Partei an einen Dritten (Wechselinhaber) erledigt wird, die Prozeßbevollmächtigten aber in Unkenntnis dieser Tatsache ihre auf Zuspruch und Abweisung gerichteten Sachanträge aufrechterhalten, können die nach der Zahlung erwachsenen Prozeßkosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt werden. — **h)** (s. zunächst JDR. **3** Ziff. 5) R. **05** 227 (Nürnberg). Zur Glaubhaftmachung des Eigentums des Intervenienten gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger genügt es, wenn der intervenierende bevollmächtigte Anwalt der Gegenpartei die betreffenden Gegenstände als Eigentum seines Auftraggebers bezeichnet und den Eigentumserwerbsvertrag auf seiner Kanzlei zur Einsichtnahme durch den Gegner zur Verfügung hält. Läßt der Gegner die zur Einsichtnahme gewährte Frist unbenutzt verstreichen, so gibt er zur Klagerhebung Anlaß.

§ 94. a) HansGZ. **05** Beibl. 87, OLG. **11** 54 (Hamburg). Die Vorschrift des § 94 kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Beklagte infolge der Unterlassung der Mitteilung des Rechtsüberganges den Anspruch tatsächlich bestritten hat und insoweit durch solches Bestreiten Kosten tatsächlich entstanden sind. — **b)** OLG. **11** 55 (Hamburg). Der § 94 findet nicht nur dann Anwendung,

wenn als Beklagter der Schuldner fungiert, sondern auch wenn der Beklagte ein Forderungsprätendent ist. Vgl. o. § 410 BGB. Ziff 2.

§ 97. **RG. 59** 173, JW. **05** 50, BadRpr. **05** 181. Wenn die Revision vom Nebenintervenienten eingelegt, die Hauptpartei aber nicht untätig geblieben ist, sondern ihrerseits Revisionsanträge gestellt und Angriffe erhoben hat, so sind ihr, nicht dem Nebenintervenienten die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels aufzuerlegen; dagegen bleiben die durch die Nebenintervention verursachten Kosten dem Nebenintervenienten zur Last.

§ 98. SächsOLG. **26** 348. Vergleichsweise Übernahme der Prozeßkosten umfaßt die Kosten des Vergleichsabschlusses selbst.

§ 99. I. Abs. 1. BayObLG. **5** 577, SeuffBl. **05** 124. Die Zulässigkeit der Anfechtung der Entscheidung über die Kosten ist zwar davon abhängig, daß in der Hauptsache ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt wird; es genügt aber, daß das Gericht höherer Instanz mit der Entscheidung in der Hauptsache dadurch befaßt ist, daß die Gegenpartei in der Hauptsache ein zulässiges Rechtsmittel eingelegt hat.

II. Abs. 2. **a) RG. 60** 315, R. **05** 254, JW. **05** 294. Abs. 2 hat nur solche Urteile im Auge, die sich als Anerkenntnisurteile im Sinne des § 307 darstellen. Dagegen ist es, wenn ein solches Anerkenntnis vorliegt, gleichgültig, ob es mit Recht oder Unrecht (z. B. weil der notwendige Antrag, den Beklagten seinem Anerkenntnisse gemäß zu verurteilen, nicht gestellt war) erlassen ist (JDR. **3** Ziff. IIA). — **b)** HansGZ. **05** Beibl. 157, OLG. **11** 57 (Hamburg). Die Vorschrift des Abs. 2 ist nicht auf ein formelles Anerkenntnisurteil zu beschränken, sondern auf alle Fälle einer auf Grund Anerkenntnisses erfolgten Verurteilung zu beziehen. Sie findet auch Anwendung, wenn nach Bezahlung der Hauptforderung der Restanspruch auf Zinsen durch Anerkenntnisurteil zugesprochen wird. — **c) RG.** 59 332, JW. **05** 115. Abs. 2 kann dann keine Anwendung finden, wenn über einen Teil der Hauptsache durch Anerkenntnisurteil, demnächst über den Rest nach Beweisaufnahme kontradiktorisch entschieden und in diesem letzteren Urteil einheitlich über die gesamten Prozeßkosten erkannt ist. — **d)** OLG. **11** 58 (Königsberg). Wenn ein Urteil nur einen Teil des Klaganspruchs durch die auf Anerkenntnis erfolgende Verurteilung erledigt, während über die übrige Hauptsache eine Entscheidung wegen Zurücknahme bzw. Erfüllung nicht ergeht, so ist die Berufung unzulässig. — **e) RG.** JW. **05** 535, SächsA. **15** 621. Die Berufung gegen eine auf Grund eines die Hauptsache nur teilweise erledigenden Anerkenntnisses ergangenen Kostenentscheidung ist in dem Falle für zulässig zu erachten, wenn eine Sonderung von der im übrigen ergangenen Kostenentscheidung möglich ist. — **f) RG.** JW. **05** 535. Die Vorschrift des Abs. 2 ist als Ausnahmevorschrift in jeder Beziehung einschränkend auszulegen. Bei der Frage der Zulässigkeit der Revision ist der Wert des Beschwerdegegenstandes nicht nach dem Werte der Hauptsache, sondern nach dem Betrage der Kosten des Rechtsstreits zu bemessen.

III. Abs. 3. **a) RG. 59** 429, GruchotsBeitr. **49** 1020, PosMSchr. **05** 9, JW. **05** 148. Ein nur über die Kosten ergangenes Berufungsurteil kann — abgesehen von dem Falle, daß die Hauptsache erst in der Berufungsinstanz ihre Erledigung gefunden hat — nicht mit der Beschwerde angefochten werden. Denn für die Frage, welches Rechtsmittel in dritter Instanz zugelassen ist, darf nur der Gesichtspunkt maßgebend sein, welche Natur das in 2. Instanz gebrauchte Rechtsmittel gehabt. Ein Überspringen von dem einen Rechtsmittelzuge auf den anderen ist unzulässig. — **b) RG.** GruchotsBeitr. **49** 1018. Bei der Frage der Zulässigkeit der selbständigen Beschwerde ist der Wert des Streitgegenstandes nach dem Streitstande vor der Abgabe der beiderseitigen Erledigungserklärung zu be-

stimmen. Die bloße Tatsache der Befriedigung des Klägers bringt eine Veränderung dieses Streitstandes allein noch nicht mit sich. Ebensowenig tritt eine Veränderung der Prozeßlage durch prozessualisch unverbindliche Auslassungen und Anträge in vorbereitenden Schriftsätzen ein.

§ 100. 1. *Menzel, SächsA. **15** 162. Bei der Verurteilung von Ehegatten nach § 739 ZPO. ist unter gleichzeitiger Anwendung der §§ 1387 Ziff. 1, 1388 Ziff. 1 BGB. ein Teil der Kosten, dessen Höhe sich nach der gegenseitigen Bewertung der beiden miteinander verbundenen Ansprüche richtet, den beiden Gatten als Gesamtschuldnern, der Rest dem Manne allein aufzuerlegen. ➸ Nachträglich ist dem Verf. eine Gerichtspraxis bekannt geworden, nach der $^3/_4$ der Kosten den Gatten als Gesamtschuldnern, $^1/_4$ dem Manne allein auferlegt werden. Diese Art der Verteilung hält der Verf. für billig. ⟵

2. Abs. 4. *Wiesner, JustdRdsch. **05** 121. § 92 GKG. hat die Bestimmung des § 100 Abs. 4 zu einem Bestandteile des GKG. gemacht, so daß für den Fall der gesamtschuldnerischen Haftung bezüglich des Hauptanspruchs die Beklagten auch für die Gerichtskosten gesamtverbindlich haften.

§ 101. HansGZ. **05** Beibl. 88 (Hamb.). Die Prozeßhandlungen, welche der Nebenintervenient vornimmt, sind als Prozeßhandlungen der Hauptpartei zu behandeln. Demzufolge trifft auch die Vorschußpflicht die Hauptpartei. — Vgl. o. § 67.

§ 102. 1. *Wansch, JustdRdsch. **05** 13 f. Die Anwendung des § 102 hängt vom Ermessen des Prozeßgerichts, ohne Rücksicht auf einen Parteiantrag, ab. — Die Partei hat kein Recht auf eine solche Entscheidung, selbst wenn die Voraussetzungen des § 102 gegeben sind; sie kann höchstens eine für den Prozeßrichter unverbindliche Anregung geben. — Die Partei hat deshalb auch kein Recht auf Beschwerde gegen die Verweigerung einer Verurteilung nach § 102; ein Beschwerderecht steht nur dem zur Tragung der Kosten Verurteilten zu.

2. RG. JW. **05** 726. Eine gemäß § 102 getroffene Entscheidung ist keine Entsch. i. S. der §§ 567 Abs. 2, 568 Abs. 3 (JDR. **3** Ziff. 3).

§ 103. 1. *Kling, BayRpflZ. **05** 229. Bei der Kostenfestsetzung nach § 103 liegt eine Verbindung der Entscheidung über die Kostenpflicht als Bestandteil des Urteils mit einem Beschluß über die Höhe der zu erstattenden Kosten vor. Dieser Beschluß unterliegt unabhängig von der im Urteile getroffenen Sach- und Kostenentscheidung der Anfechtung, und zwar ausschließlich durch sofortige Beschwerde. — Bei der Festsetzung der Kosten in Versäumnisurteilen greift hinsichtlich der Kostenansätze nicht das Kontumazialprinzip Platz; auch in Versäumnissachen sind bei der Festsetzung der Kosten nach § 103 ebenso wie bei derjenigen nach §§ 104 ff. die einzelnen Kostenansätze von Amts wegen zu prüfen und können nur nach Glaubhaftmachung festgesetzt werden. — Die Kostenfestsetzung nach § 103 erfolgt nicht von Amts wegen, sondern nur auf Parteiantrag; doch ist es nicht in das Belieben des Richters gestellt, ob er beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 103 einem auf Kostenfestsetzung im Urteile gerichteten Antrage stattgeben will oder nicht, sondern er ist solchenfalls verpflichtet, einem diesbezüglichen Antrage Folge zu geben. — Ein Zwang, an Stelle des Verfahrens nach §§ 104 ff. von dem Verfahren nach § 103 Gebrauch zu machen, kann von dem Richter auf die um Kostenfestsetzung nachsuchende Partei nicht ausgeübt werden; es steht vielmehr in ihrem freien Belieben, ob sie die von dem Gegner zu erstattenden Kosten auf dem einen oder auf dem anderen Wege festsetzen lassen will. Es können jedoch die infolge der Durchführung des Verfahrens nach §§ 104 ff. entstehenden Mehrkosten der die Kostenfestsetzung betreibenden Partei auferlegt werden, wenn sie ohne ge-

rechtfertigten Grund es unterlassen hat, die Kosten im Urteile festsetzen zu lassen, obwohl der festzusetzende Betrag sofort zu ermitteln gewesen wäre.

2. *Michels, DJZ. 05 201, empfiehlt eine Rechtsvorschrift, wonach die Kosten bei Versäumnis- und Anerkennungsurteilen von Amts wegen im Urteile festzusetzen sind.

3. Peperhowe, DJZ. 05 1112 ff. Da in dem Verfahren vor dem Amtsgerichte der Betrag der dem Gegner zu erstattenden Prozeßkosten, wenn er sofort zu ermitteln ist, im Urteile festgesetzt werden kann, ist die Partei oder der sie vertretende Rechtsanwalt verpflichtet, solche Kosten dem Richter auf dessen Aufforderung zur Festsetzung im Urteile anzugeben. — Wird eine solche Angabe verweigert, so ist der Richter berechtigt, in dem späteren Kostenfestsetzungsverfahren der Partei bzw. deren Vertreter die Gebühren &c. des nachträglichen Kostenfestsetzungsantrags abzusetzen und ihr die Kosten des besonderen Festsetzungsverfahrens aufzuerlegen.

4. *Dispeker, BayRpflZ. 05 344 ff. Die Kostenfestsetzung im Urteil ist häufig unzweckmäßig und darf nicht durch Überbürdung der Kosten des Kostenfestsetzungsbeschlusses auf die Partei, welche, trotz Bereitwilligkeit des Gerichts, die Prozeßkosten nicht sofort im Urteile festsetzen läßt, erzwungen werden.

5. Kahn, JustdRdsch. 05 33. Es bedarf eines Parteiantrags, um die Kosten nach § 103 im Urteile mit festzusetzen. Die Unterlassung dieses Antrags seitens des Rechtsanwalts bewirkt nicht den Verlust des Anspruchs auf die Gebühr aus § 23 Ziff. 1 RAGebO., da der Rechtsanwalt allein zu entscheiden imstande ist, welcher Weg zur Erlangung der Kostenfestsetzung dienlicher ist.

6. *Neumiller, SeuffBl. 05 461. Die Vorbilder der Vorschrift (§ 49 GKG., Art. 115 BPO.) unterscheiden sich von ihr wesentlich durch Unanfechtbarkeit sowie Einfachheit der Kostenansätze und -nachweise. Gleichwohl muß mit Rücksicht auf die erhebliche Ersparnis an Schreibwerk und Kosten mit § 103 eine ehrliche Probe bei den großen Amtsgerichten gemacht werden. Vorausgesetzt ist die Möglichkeit rechtzeitiger Anbringung des Vorschusses an der Kasse; äußerstenfalls ist der Vorschuß als „zahlbar gegen Vorzeigung der Amtsquittung" festzusetzen (§§ 726, 795 ZPO.). Sonstige nicht bereits gemachte Auslagen sind nicht festsetzbar. Die Festsetzung im Urteil erfolgt nur auf Parteiantrag. Unterbleibt dieser in geeigneten Fällen trotz Bereitheit des Gerichts ohne genügenden Grund, so sind die Kosten der Sonderfestsetzung dem Kostengläubiger nach § 91 ZPO. zu überbürden. Für die Parteikosten des Festsetzungsantrags fehlt es alsdann an einem Erstattungstitel und ihre Nichtberücksichtigung unterliegt deshalb nicht der sofortigen, wohl aber der (praktisch wertlosen) einfachen Beschwerde. Der Kostenausspruch des Festsetzungsbeschlusses selbst ist für sich allein unanfechtbar (§ 99 Abs. 1 ZPO.). Geeignet zur Urteilsfestsetzung sind regelmäßig alle Versäumnis- und Anerkenntnisfälle aus § 23 Nr. 1 GKG. ohne kontradiktorische Verhandlung oder Korrespondenzgebühr.

§ 104. Literatur: Willenbücher, Das Kostenfestsetzungsverfahren (6) Berlin 1906.

1. **a)** PosMSchr. 05 10 (Marienwerder) schließt sich der herrschenden Ansicht an, wonach im Kostenfestsetzungsverfahren nur Einreden zulässig sind, die sich gegen den Betrag richten. — **b)** KGBl. 05 3, OLG. 11 61 (KG.). Der landgerichtliche, ohne mündliche Verhandlung ergangene Kostenfestsetzungsbeschluß kann dem infolge des Todes seines früheren Prozeßbevollmächtigten nicht mehr durch einen Anwalt vertretenen Gegner des Gesuchstellers persönlich zugestellt werden. — **c)** SchlHolstAnz. 05 155, SeuffA. 60 375 (Kiel). Wenn von zwei durch denselben Anwalt vertretenen Streitgenossen der eine obsiegt und der andere unterliegt, so kann der obsiegende von dem Gegner die Anwaltsgebühren nur in

Höhe des Betrags erstattet verlangen, den er im Verhältnisse zu seinem Mitschuldner, dem Streitgenossen, zu tragen hat, es sei denn, daß er nachweise, daß er z. B. wegen Mittellosigkeit des Streitgenossen die ganzen Gebühren dem Anwalt allein habe zahlen müssen.

2. Abs. 2. LG. Darmstadt, HessRspr. **6** 5. Das Gesuch um Kostenfestsetzung erfordert keine handschriftliche Unterschrift, es genügt Unterstempelung. In einer späteren Entscheidung HessRspr. **6** 47 hat das LG. Darmstadt diesen Standpunkt wieder aufgegeben und in entgegengesetztem Sinne entschieden.

§ 106. MecklZ. **23** 40 (Rostock). Wenn die Prozeßkosten nach Quoten verteilt sind und von beiden Parteien die Kostenrechnungen zur Feststellung eingereicht sind, so handelt es sich um zwei Kostenfestsetzungsgesuche. Für jedes derselben muß daher gemäß § 104 Abs. 1 ein zur Zwangsvollstreckung geeigneter Titel vorliegen.

Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

§ 108. 1. *Neumiller, BayRpflZ. **05** 357. Kurs (§ 234 BGB.) ist nicht nur die amtliche Börsennotiz, sondern jeder Marktpreis. Die Mündelsicherheit bemißt sich nach dem Hinterlegungs-, nicht Vollstreckungsort. Sicherheit in unzulässigen Papieren macht die Vollstreckung ungültig, haftet aber gleichwohl für den dadurch verursachten Schaden. Zulassung irregulärer Wertpapiere erfordert Antrag und Ausspruch in der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit; Zulassung regulärer Wertpapiere mit mehr als drei Vierteilen des Kurswerts ist schlechthin unzulässig; freies Ermessen gilt nur bei irregulären Papieren. Sicherheit „in Höhe des beizutreibenden Betrags" ist statthaft und bei Teilzahlungen, Kostenvollstreckungen, Vermögensbeschränktheit des Sicherheitsbestellers praktisch. Unwirksam ist dagegen bloß teilweise Erlage einer ziffermäßig bestimmten Sicherheit.

2. Über Reichskassenscheine und Reichsbanknoten s. o. § 232 BGB. Ziff. 1.

§ 109. 1. *Levis, BuschsZ. **34** 165. Die Veranlassung für eine Sicherheitsleistung ist weggefallen, wenn der unsichere Zustand, der bei Leistung der Sicherheit vorlag, einer endgültigen Rechtslage Platz gemacht hat; es ist nicht erforderlich, daß, wie die gM. lehrt, der endgültige Zustand dem Sicherheitleistenden günstig ist. Daß die Veranlassung zur Sicherheitsleistung weggefallen ist, muß bewiesen werden. Die Personen, welche Rechte an der Sicherheit besitzen können, brauchen im Augenblicke der Sicherheitsleistung und im Augenblicke der Einleitung des Verfahrens nach § 109 ZPO. nicht dieselben sein. Veränderungen können durch Gesamt- oder Einzelnachfolge hervorgerufen werden. Im Verfahren nach § 109 ZPO. ist jeweils derjenige beteiligt, der im Augenblicke der Verfahrenseröffnung materielle Rechte an der Sicherheit besitzen kann. Wem solche Rechte zustehen, ist beim Bestehen von Zweifeln mit den gewöhnlichen Beweismitteln darzutun. Die Rückgabe der Sicherheit darf nur angeordnet werden, wenn nachgeprüft ist, ob mit Recht in ordnungsgemäßer Weise eine Frist gesetzt und allen Passivbeteiligten gegenüber abgelaufen ist und ob ferner keine Klagerhebung nachgewiesen ist. Fernere Voraussetzung ist ein Antrag nach Ablauf der Frist, hingegen nicht das Fehlen der Einwilligung des Gegners zur Zurücknahme der Sicherheit. Eine Klagerhebung ist beachtsam, gleichgültig ob eine dingliche oder obligatorische Klage angestrengt ist. Nur muß ein von heilbaren oder unheilbaren Mängeln freier Klagerhebungsakt beim zuständigen oder unzuständigen Gerichte nachgewiesen sein. Bei heilbaren Mängeln ist die Rückgabeanordnung unzulässig, wenn deren Heilung dargetan ist. Der Nachweis einer beachtsamen Klagerhebung schließt die Rückgabeanordnung endgültig aus. Die Rückgabeanordnung wirkt nur unter den beim Rückgabeverfahren Beteiligten. Die Hinterlegungsstelle hat immer noch zu

prüfen, ob nicht Rechte Dritter der Auszahlung entgegenstehen. Die Bestimmung des § 109 schließt eine Klage nicht aus, durch welche die Rückgabe einer zivilprozessualen Sicherheit angeordnet wird, wohl aber landesrechtliche Verfahren mit dem gleichen Zwecke.

2. Aus der Praxis. **a)** **RG.** JW. **05** 372. Neben dem im § 109 geregelten vereinfachten Verfahren ist auch eine gewöhnliche Klage auf Rückgabe einer prozessualen Sicherheit zulässig, bei einer einstweiligen Verfügung aber nicht vor Beendigung des über diese schwebenden Verfahrens. — **b)** OLG. **11** 67 (Dresden). Die Veranlassung zu einer Sicherheitsleistung ist auch dann weggefallen, wenn derjenige, zu dessen Gunsten die Sicherheit hinterlegt ist, auf die Rechte an ihr verzichtet, und dies erklärt er, wenn er in Rückzahlung an den Gegner willigt. Die im § 109 vorgeschriebene Fristbestimmung ist dann unnötig. — **c)** **RG.** JW. **05** 644. Voraussetzung für die Fristbestimmung ist nicht, daß die Möglichkeit eines Schadens überhaupt nicht besteht, daß dies also dem Gericht nachgewiesen oder wenigstens glaubhaft gemacht werden muß. — **d)** OLG. **11** 67 (Colmar). Der Wegfall der Veranlassung tritt nicht schon mit der Beseitigung oder Wiederaufhebung der betriebenen prozessualen Maßregeln, sondern erst dann ein, wenn für den Betroffenen die Möglichkeit eines Schadens nicht mehr besteht. In dieser Beziehung hat aber der Antragsteller nicht den unbedingten Ausschluß jeder denkbaren abstrakten Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs des Gegners darzutun, sondern es genügt, daß die konkrete Sachlage die Annahme rechtfertigt, daß ein solcher Anspruch nicht besteht.

§ 110. Kuhlenbeck, SeuffBl. **05** 337, erörtert den Fall der fiduziarischen Zession zwecks Umgehung der Vorschrift des § 110. Handle es sich um ein simuliertes Rechtsgeschäft, so könne der Beklagte entweder die Aktivlegitimation des Zessionars bestreiten, indem er lediglich Simulation behaupte, oder, wenn er in der Zession eine dissimulierte Prozeßvollmacht erblicke, die Einrede des § 274 Nr. 5 ZPO. vorschützen. Er könne jedoch nicht beide Behauptungen verbinden, indem er die zweite eventuell vorschütze. Von der simulierten sei die fiduziarische Zession zu unterscheiden; das Geständnis, daß es sich um eine fiduziarische Zession handle, mache die Aktivlegitimation nicht hinfällig; eine fiduziarische Zession zur Umgehung des § 110 sei weder durch diesen selbst noch sonst gesetzlich verboten.

Siebenter Titel. Armenrecht.

§ 114. 1. Winkler, JW. **05** 104, empfiehlt, zwecks Verhütung eines Mißbrauchs des Armenrechts das Armenrecht nur zur Einklagung eines Teilbetrags zu bewilligen und ev. bei einer Reform des Armenrechts dies Verfahren ausdrücklich für zulässig zu erklären; er empfiehlt ferner eine Abänderung des § 118 dahin, daß das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts von einem Richter aufzunehmen ist.

2. R. **05** 370 (Dresden). Der vermögende Vormund, der gegen einen Dritten auf Herausgabe seines unvermögenden, widerrechtlich vorenthaltenen Mündels klagen will, hat Anspruch auf Verleihung des Armenrechts.

§ 115. 1. *Ermel, DJZ. **05** 909 f. Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die arme Partei auch die einstweilige Befreiung von der Berichtigung des Haftkostenvorschusses im Offenbarungseidverfahren. (JDR. **3** Ziff. I 1.)

2. *Nissen, JW. **05** 273 ff. Auch der im Armenrechte bestellte Anwalt wird zu einer Tätigkeit für die arme Partei erst durch die Auftragserteilung der letzteren, nicht schon durch die gerichtliche Beiordnung als solche verpflichtet. Aber die Auftragserteilung kann auch stillschweigend erfolgen, nämlich durch den Antrag an das Gericht auf Beiordnung eines Anwalts. Der Auftragswille ist dem Armenrechtsgesuche stets zu entnehmen, wenn er nicht durch dessen beson-

deren Inhalt als ausgeschlossen erscheint. Der Auftragswille wird mit der Beiordnung dem Anwalt vom Gerichte dadurch übermittelt, daß dem Anwalt eine Abschrift des Armenrechtsgesuchs zugeht oder der Anwalt von demselben auf der Gerichtsschreiberei Kenntnis nimmt. Von da an ist ihm die Tätigkeit für die arme Partei zur Pflicht geworden. Zugleich bilden die in jenem Gesuch enthaltenen Darlegungen und Äußerungen der Partei bezüglich zu stellender Anträge seine Information für den Prozeß. — Anders Westrum, JW. **05** 567.

3. Eugen Fuchs, JW. **05** 333 ff. Das Armenrechtsgesuch der Partei in Verbindung mit dem Beiordnungsbeschluß des Gerichts läßt sich sehr wohl als die Erteilung einer Vollmacht (BGB. § 167) an den beigeordneten Anwalt auffassen, indem man nämlich in dem Gesuch die Ermächtigung an das Gericht sieht, für die Partei einen Bevollmächtigten zu bestellen und in dem Beiordnungsbeschlusse den Bestellungsakt erblickt. Läßt man diese Konstruktion nicht gelten und sieht man mit der herrschenden Meinung in dem Beiordnungsbeschlusse nur das Gebot an den Anwalt, eine Vollmacht der Partei zu übernehmen, falls diese erteilt werden sollte, dann entstehen für den beigeordneten Anwalt Rechte und Pflichten zum Handeln für die Partei erst, sobald die Partei dem Anwalt Vollmacht erteilt.

4. *Goldfeld, JW. **05** 273. Der vom Gericht der armen Partei beigeordnete Anwalt ist nicht bloß nicht verpflichtet, sondern auch nicht einmal berechtigt, für die arme Partei zu handeln, bevor sie ihm Vollmacht erteilt hat. Anderenfalls riskiert er nach § 89 ZPO., daß, wenn er nachher die Vollmacht nicht beibringen kann, er persönlich zum Ersatze der dem Gegner infolge seines Auftretens erwachsenen Kosten und Schäden verurteilt wird.

5. Ehrenwerth, JW. **05** 275. Der einer armen Partei beigeordnete Anwalt muß sofort für die Partei in Tätigkeit treten. Dazu gehört vor allem, daß er sich über den etwaigen Lauf einer Frist zu unterrichten und die Frist zu wahren hat. Ist sie bereits abgelaufen, so hat er zu prüfen, ob ein Wiedereinsetzungsgesuch möglich ist und event. die Wiedereinsetzung nachzusuchen. — Einen etwa schon anstehenden Verhandlungstermin hat er für die Partei wahrzunehmen, damit nicht etwa Versäumnisurteil ergeht. Alles dies hat er spontan zu tun, ohne daß es dazu einer besonderen Aufforderung der Partei bedarf.

6. *Strauß, JW. **05** 195. Die Beiordnung des Rechtsanwalts ist nicht konstitutiver Natur, er wird nicht zum Vertreter ernannt, sondern von dem Organe der staatlichen Rechtspflege durch den Akt der Beiordnung lediglich angehalten, die Interessen der armen Partei wahrzunehmen und zwar auf dem gewöhnlichen Wege der Mandatsübernahme; die Beiordnung ist also nur imperativer Natur, sie enthält den Befehl zum Abschluß eines Dienstvertrags. Ehe die Partei die Dienste des Rechtsanwalts in Anspruch nimmt, sich mit ihm in Verbindung setzt, den Dienstvertrag abschließt, ihn instruiert, kann dem Rechtsanwalt nicht zugemutet werden, für sie tätig zu sein; er darf abwarten, bis ihm der Auftrag, Dienst zu leisten, erteilt wird. Praxis und Literatur verlangen, daß der Armenanwalt sich durch Prozeßvollmacht legitimiert; dies wäre vollständig überflüssig, wenn die Beiordnung konstitutiver Natur wäre. Entsteht der Partei ein Schaden dadurch, daß sie sich nicht rechtzeitig mit dem ihr beigeordneten Rechtsanwalt in Verbindung setzt, so liegt das kausale Verschulden bei ihr und nicht bei jenem.

7. **RG.** SeuffA. **60** 34. Der Armenanwalt hat die für die Urteilszustellung erforderlichen Abschriften selbst zu besorgen. Diese Pflicht trifft auch den für die zweite Instanz bestellten Anwalt, wenn der Anwalt erster Instanz die Zustellung des anzufechtenden Urteils noch nicht bewirkt hat.

§ 118. 1. Abs. 1. JustdRdsch. **05** 53 (Bamberg). Solange der Rechtsstreit in der Rechtsmittelinstanz schwebt, ist das Gericht erster Instanz nicht als

Prozeßgericht im Sinne des § 118 anzusehen und daher zur Bewilligung des Armenrechts nicht befugt.

2. Abs. 2. SächsOLG. **26** 165. Die Glaubhaftmachung des Unvermögens zur Zahlung der Prozeßkosten von seiten deutscher Staatsangehöriger, die im Auslande wohnen, kann durch ein von der Behörde des Aufenthaltsorts ausgestelltes Armutszeugnis oder die von einer solchen Behörde entgegengenommene Erklärung des Unvermögens zur Bestreitung der Prozeßkosten erfolgen.

§ 119. KGBl. **05** 17 (KG.). Das einer Partei für einen Prozeß bewilligte Armenrecht bezieht sich auf das mit dem Prozesse zusammenhängende Verfahren über einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung wie überhaupt auf alle Prozeßhandlungen, zu welchen der der armen Partei beigeordnete Anwalt auf Grund einer einfachen Prozeßvollmacht ermächtigt ist.

§ 124. **a**) SächsOLG. **26** 352. Beantragt der Armenanwalt Kostenfestsetzung wegen der von ihm verdienten, dem Prozeßgegner auferlegten Kosten im Namen seiner Partei, so liegt hierin ein Verzicht auf Geltendmachung des ihm durch § 124 gewährten Anspruchs, die Kosten in eigenem Namen beizutreiben. — **b**) ElsLothZ. **05** 389, OLG. **11** 68 (Colmar). Ein Verzicht des Armenanwalts der Berufungsinstanz auf das ihm nach § 124 zustehende Recht ist dann anzunehmen, wenn er nicht bloß seine Handakten ohne Vorbehalt jenes Rechtes dem erstinstanzlichen Anwalt übersendet, sondern auch noch den durch letzteren auf den Namen seiner Partei erwirkten Kostenfestsetzungsbeschluß rechtskräftig werden läßt.

§ 127. **RG.** BadRpr. **05** 180. Die Beschwerde gegen die Entziehung des Armenrechts steht regelmäßig nur der armen Partei zu, deren Gegner höchstens dann, wenn er an dem Fortbestehen des Armenrechts ein besonderes eigenes Interesse hat, wenn ihm namentlich durch die Entziehung des Armenrechts die ihm im § 120 eingeräumte einstweilige Befreiung von Gerichtskosten und Vorschüssen vereitelt wird.

Dritter Abschnitt. Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung.

§ 128. **a**) **RG.** R. **05** 166. Eine Vollmacht, die auf Rüge des Mangels derselben im Anwaltsprozesse von dem beanstandeten Prozeßbevollmächtigten zwischen dem Schlusse der Verhandlung und der Verkündung der Entscheidung zu den Akten eingereicht worden ist, darf in dem Urteile, bei Vermeidung seiner Aufhebung und der Zurückverweisung der Sache, nicht berücksichtigt werden (JDR. 3 Ziff. 2b). — **b**) R. **05** 196 (Colmar). An Stelle eines durch Beweisbeschluß ernannten Sachverständigen kann nicht ohne mündliche Verhandlung ein anderer Sachverständiger ernannt werden. Auf die Rüge dieses Verstoßes kann nicht verzichtet werden.

§ 130. *v. Sommerlatt, SächsA. **15** 594 ff. Die von den Prozeßbevollmächtigten selbst abzufassenden Schriftsätze im Anwaltsprozesse haben sich unter Vermeidung überflüssiger Deduktionen auf eine klare, kurze Darstellung der tatsächlichen Behauptungen und Angabe der Beweismittel zu beschränken. Die Gerichte können dem Übelstande unnötig weitschweifiger Schriftsätze nur durch Streichung der Schreibgebühren entgegentreten.

§ 135. Vgl. über mündliche Verhandlung Gusinde o. zu § 71 Ziff. 1.

§ 139. **RG.** R. **05** 649. Wenn sich aus den Gründen des erstinstanzlichen Urteils ergibt, daß bereits der erste Richter hinsichtlich eines bestimmten Punktes von dem Fragerecht erfolglos Gebrauch gemacht hat, so liegt für den Berufungsrichter kein Anlaß vor, wiederholt das Fragerecht auszuüben; er kann vielmehr davon ausgehen, daß etwas weiteres in der betreffenden Richtung nicht ange-

führt werden könne. — **b)** **RG.** R. **05** 196. Wenn die Partei sich auf eine besondere Bestimmung des in einem anderen Staate geltenden Rechtes nicht bezieht, hat das Gericht keine Veranlassung, von dem Fragerechte Gebrauch zu machen.

§ 141. Dosenheimer, R. **05** 247, empfiehlt die Einführung einer Bestimmung, nach welcher der das persönliche Erscheinen einer Partei anordnende Beschluß von Amts wegen zuzustellen ist und ihr für den Fall des Nichterscheinens eine Ordnungsstrafe angedroht werden kann.

§ 142. **RG.** JW. **05** 438. Eine Befugnis des Gerichts, Originalurkunden, welche von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vorgelegt und auch zu den Gerichtsakten übergeben wurden, ohne irgendwelchen rechtfertigenden Grund auf unbestimmte Zeit zurückzubehalten, besteht nach der Prozeßordnung nicht. Vielmehr ergeben die Vorschriften derselben, daß die Zurückbehaltung nur innerhalb gewisser Schranken (vgl. §§ 299, 443) zulässig ist.

§ 144. **RG.** R. **05** 595. Das Gericht ist nicht gehindert, seine Entscheidung auf ein nach § 144 eingeholtes Gutachten Sachverständiger zu stützen, auch wenn die Anordnung der Augenscheineinnahme und der Begutachtung durch Sachverständige ergangen ist, ehe die Parteien zur Sache verhandelt haben.

§ 147. SeuffA. **60** 422 (München). Die Verbindung der Prozesse wirkt auch rückwärts; es ist so anzusehen, als ob die erhobenen Ansprüche von vornherein in einer Klage geltend gemacht seien. Das gesammte Sach- und Rechtsverhältnis bleibt unausgeschieden der richterlichen Entscheidung unterstellt, wenn auch der eine Klaganspruch schon vor der Verbindung durch Vereinbarung der Parteien erledigt ist; die sofortige Kostenbeschwerde gegen die Entscheidung, soweit sie diesen Anspruch betrifft, ist daher unzulässig.

§ 148. **a)** OLG. **11** 68 (KG.). Aus dem Ausdrucke „kann anordnen" ist zu entnehmen, daß das Prozeßgericht nicht in jedem Falle, wo ein präjudizielles Rechtsverhältnis Gegenstand eines anderen Rechtsstreits ist, von der fakultativen Aussetzungsbefugnis Gebrauch machen darf, sondern daß es diese Befugnis nur nach bestem Ermessen ausüben soll. — **b)** BayObLG. R. **05** 254. Das Prozeßgericht hat im Rahmen des bei ihm anhängigen Rechtsstreits auch über solche Verhältnisse des öffentlichen Rechtes zu entscheiden, die den Gegenstand einer für die Entscheidung des Rechtsstreits in Betracht kommenden Zwischenfrage bilden, soweit nicht durch Reichs- oder Landesrecht eine Ausnahme bestimmt ist. — **c)** R. **05** 370 (Jena). Der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens in einer Klagesache wegen Patentverletzung wird nicht schon dadurch gerechtfertigt, daß die Erhebung der Nichtigkeitsklage gegen das verletzte Patentrecht nachgewiesen wird, sondern es muß glaubhaft gemacht werden, daß die Nichtigkeitsklage Aussicht auf Erfolg habe. Dazu genügt aber nicht der Nachweis, daß der Nichtigkeitskläger gegen eine Abweisung der Nichtigkeitsklage Berufung eingewendet hat. Auch das Bestehen des Schwebezustandes, wie er nach § 23 Abs. 1 Satz 2 PatG. für den Gegenstand der Anmeldung zugunsten des Patentsuchers durch einstweilige Gewährung des Patentschutzes eintritt, reicht für sich allein nicht aus, um den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens wegen Verletzung des einstweiligen Patentschutzes zu begründen. — **d)** **RG.** R. **05** 566. Wenn Streit über ein Gebrauchsmuster besteht, so kann wegen eines im Laufe des Rechtsstreits gestellten Antrags auf Nichtigkeitserklärung eines denselben Gegenstand schützenden Patents die Verhandlung nicht ausgesetzt werden.

§ 149. BayObLG. R. **05** 434. In der Revisionsinstanz ist die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens unzulässig.

§ 161. **RG.** R. **05** 197. Werden Zeugen vor dem Prozeßgerichte vernommen und werden ihre Aussagen gemäß § 161 nicht protokolliert, so dürfen,

wenn bei einer weiteren demnächstigen mündlichen Verhandlung das Gericht anders besetzt ist, die Aussagen nicht berücksichtigt werden (vgl. JDR. 3).

§ 164. RG. JW. 05 233. Die Vereidigung von Zeugen gehört nicht zu denjenigen Förmlichkeiten der mündlichen Verhandlung, die nur durch das Protokoll bewiesen werden können.

Zweiter Titel. Zustellungen.

§ 170. Abs. 2. a) RG. R. 05 136. Die Beglaubigung einer Rechtsmittelschrift und die Beglaubigung der auf derselben befindlichen Terminbestimmung muß durch ein und denselben Anwalt erfolgen. Hat der bestellte Anwalt die Schrift und ein Substitut desselben die Terminbestimmung beglaubigt, so ist die Einlegung des Rechtsmittels ungültig. — b) RG. JW. 05 726. Wenn der wesentliche Inhalt der Urschriften auch aus den zugestellten, wenn auch nicht ganz genauen Ausfertigungen oder Abschriften genügend entnommen werden kann, so liegt kein Grund vor, wegen einer solchen Ungenauigkeit und Unrichtigkeit nebensächlicher Art die ganze Zustellung für nichtig und unwirksam zu erklären. — c) FrankfRundsch. 39 63 (Frankfurt). Die Beglaubigung der zuzustellenden Urkunde hat regelmäßig durch den als Bevollmächtigter der Partei die Zustellung betreibenden Anwalt zu erfolgen. Die Beauftragung eines anderen Anwalts lediglich zum Zwecke der Beglaubigung ist unzulässig; zulässig ist es dagegen, daß der Prozeßbevollmächtigte den Betrieb der Zustellung im ganzen und hiermit zugleich die Beglaubigungsbefugnis auf einen anderen Anwalt mittels Nachvollmacht überträgt.

§ 172. SchlHolstAnz. 05 248 (Kiel). Auch im Falle einer Zustellung gemäß § 172 ist eine Ersatzzustellung nach § 184 zulässig.

§ 176. a) OLG. 11 69 (KG.). Im Parteiprozesse dürfen gerichtliche Zustellungen nach Widerruf der Prozeßvollmacht nicht mehr an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen; die Regel, daß die Kündigung der Vollmacht nach außen hin erst dann Wirksamkeit äußert, wenn ein anderer Anwalt bestellt ist, gilt für den Parteiprozeß nicht. — b) RG. R. 05 315. Die vom Vorsitzenden auf die Berufungsschrift gesetzte Terminsbestimmung wird durch die an die Partei selbst bewirkte, gemäß § 176 wirkungslos gebliebene Ladung zur Verhandlung über die Berufung nicht verbraucht. Zum Zwecke der erneuten Zustellung der Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung genügt die bisherige Terminsbestimmung.

§ 203. RG. 59 259, JW. 05 84. Die Rechtsgültigkeit einer gemäß §§ 203, 204 und 208 bewilligten oder angeordneten und ordnungsgemäß ausgeführten öffentlichen Zustellung eines Urteils kann nach Ablauf der durch die Zustellung in Lauf gesetzten Rechtsmittelfrist von der Partei, deren Aufenthalt als unbekannt angenommen war, nicht mehr im Instanzenzuge mit dem Nachweis angefochten werden, daß in Wirklichkeit ihr Aufenthalt nicht unbekannt, daß er insbesondere dem Gegner selbst bekannt gewesen sei.

§ 207. R. 05 315 (Breslau). Die Unterbrechung der Verjährung durch die Überreichung eines Gesuchs um Zustellung im Auslande wird nicht dadurch beseitigt, daß infolge der Rückfrage der angegangenen Behörde oder des ersuchten Beamten (z. B. wegen der Persönlichkeit des Zustellungsempfängers oder wegen Zuhilfenahme eines Notars) eine neue Ladung und damit die Wiederholung des Gesuchs in demselben Verfahren erfolgt. Diese Erneuerung muß als Aufrechterhaltung des ursprünglichen Gesuchs angesehen werden. Nur die endgültige Unmöglichkeit der erstrebten Klagerhebung behebt die prozessual auf die Einreichung des wegen Ausführung der Zustellung gestellten Antrags gelegte Wirkung.

Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen.

§ 214. *Auerbach, BuschsZ. 35 222. Eine Ladung der Parteien von Amts wegen zur mündlichen Verhandlung kennt die ZPO. nicht, mit einziger Ausnahme der Ladung aus § 389, bei welcher es sich nur um einen Zwischenstreit in der Beweisaufnahme handelt. Das Gesetz kennt eine Terminsbestimmung von Amts wegen, zu welcher dann von den Parteien, wenn sie zur Sache »→ nicht über einen Zwischenstreit der Beweisaufnahme ←« verhandeln wollen, zu laden haben, wenn nicht etwa das Gericht Termin verkündet hat (§ 218).

Vierter Titel. Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 233. a) MecklZ. 23 22 (Rostock). Beruht die Nichteinhaltung einer Notfrist auf einem Versehen des Gerichtsschreibers, so ist dies als ein unabwendbarer Zufall anzusehen. — b) **RG.** R. **05** 474. Der Gerichtsvollzieher hat Abschriften, die ihm mit der Beglaubigung eines Rechtsanwalts versehen übergeben werden, nicht auf die Beglaubigungsbefugnis des Anwalts zu prüfen. Die Unterlassung der Beglaubigung einer solchen Abschrift seitens des Gerichtsvollziehers in einem Falle, in welchem der beglaubigende Anwalt zur Beglaubigung nicht befugt war, stellt daher keinen unabwendbaren Zufall im Sinne des § 233 dar und begründet nicht die Wiedereinsetzung.

§ 236. *Neumiller, BayRpflZ. **05** 310, 313. Der Antrag auf Wiedereinsetzung hinsichtlich der Revisionsfrist erfolgt nunmehr durch Einreichung eines Schriftsatzes beim RG. (BayObLG.). Die Wiedereinsetzung muß bei sofortigen Beschwerden nunmehr ausschließlich durch das OLG. erfolgen, dessen Entscheidung angefochten wird; nur die Wiedereinsetzung gegen Versäumnis der Anrufungsfrist steht dem RG. zu.

Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 239. 1. *Gusinde, Zwischenstreit 44. Der Streit über die Aufnahme des Verfahrens ist kein Zwischenstreit unter den Parteien, sondern selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel.

2. **RG.** JW. **05** 738. Die Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens gelten nicht für das schiedsrichterliche Verfahren.

§ 244. **RG.** JW. **05** 178, R. **05** 197. Im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch Wegfall desjenigen Rechtsanwalts, der ein Rechtsmittel eingelegt hat, muß die Partei selbst zur Verhandlung über die Hauptsache geladen bzw. zur Bestellung eines neuen Anwalts aufgefordert werden. Die Ladung des Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz genügt nicht.

§ 246. a) OLG. **11** 174 (KG.) Wenn die durch einen Prozeßbevollmächtigten vertretene Partei nach der Zustellung des Urteils, aber vor Einlegung der Berufung stirbt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein. Der Prozeßbevollmächtigte bleibt zur Bestellung eines Anwalts für die höhere Instanz und zur Empfangnahme aller Zustellungen, insbesondere derjenigen des Rechtsmittelschriftsatzes, befugt. — b) **RG.** JW. **05** 533. Im Falle der notwendigen Streitgenossenschaft muß bei Geisteskrankheit eines Streitgenossen das gesamte Verfahren, auch soweit es den anderen Streitgenossen betrifft, ausgesetzt werden. — c) **RG.** **60** 122, JW. **05** 373, 536. Die Aussetzung eines Verfahrens und seine Aufnahme im Falle des Todes der durch einen Prozeßbevollmächtigten vertretenen Partei nach der die Instanz beendenden Zustellung des Urteils ist bei dem Gerichte der höheren Instanz zu betreiben, sofern nur überhaupt ein Rechtsmittel gegen das Urteil zugelassen ist.

§ 250. OLG. **11** 70 (Frankfurt). Die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens kann auch noch nach der rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreits

erfolgen, wenn z. B. in Unkenntnis der Unterbrechung der Rechtsstreit fortgeführt und ein Urteil ergangen ist.

§ 251. BayObLG. R. 05 254. Die lange Dauer desjenigen Rechtsstreits, bis zu dessen Erledigung die Parteien das Ruhen des Verfahrens in ihrem Rechtsstreit vereinbart haben, bildet dann keinen Grund zur Wiederaufnahme des Verfahrens, wenn die unerwartet lange Dauer nicht Folge einer Verschleppung jenes Rechtsstreits ist.

Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urteil.

§ 253. I. 1. Über die Frage, ob Mängel im Klagerhebungsakte geheilt oder durch Nachholung beseitigt werden können, handelt *Hellwig, R. 05 300 ff. Heilung mit Rückwirkung tritt bezüglich der Zuständigkeit ein: durch Prorogation (§ 39), aber auch durch nachträgliche Verlegung des Wohnsitzes an den Klagort (**RG.** 52 Nr. 56), bezüglich der Vertretungsmacht oder der Prozeßunfähigkeit: durch Genehmigung (arg. §§ 56 Abs. 2, 579 Nr. 4), sonst nach § 295. — Nachholung des Fehlenden hält *Hellwig in weitgehendem Maße auch gegen den Willen des Gegners für zulässig, indem er sich auf die Vorschriften der Nov. im § 187 und im § 264 über die Klagänderung stützt. Erschwerung der Verteidigung des Beklagten wird dadurch ausgeschlossen, daß das Gericht vertagt.

2. *Pagenstecher, ACivPrax. 97 17 ff. Der (zu Unrecht) Beklagte hat weder ein selbständiges Recht auf Feststellung der Nichtexistenz des „eingeklagten Privatrechts", noch hat er ein selbständiges Recht auf Feststellung der Nichtexistenz des geltend gemachten klägerischen „Rechtsschutzanspruchs" (i. S. der Lehre Wachs); es gibt daher keinen „Rechtsschutzanspruch" des Beklagten.

II. Aus der Praxis. a) OLG. 11 74 (Königsberg). Tritt nach Klagezustellung noch ein zweiter Kläger in den Prozeß ein, so finden die Vorschriften über die Klagänderung Anwendung. — Ähnlich OLG. 11 77 (Karlsruhe). — b) **RG.** JW. 05 150. Die Umleitung einer unzulässig bedingten Widerklage in eine unbedingte in zweiter Instanz ist unzulässig. — c) **RG.** GruchotsBeitr. 49 399. Eine Leistungsklage des allgemeinen Inhalts, den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, den dieser bei einem näher bezeichneten Unfall gehabt hat, ist, weil zu unbestimmt, unzulässig. — d) OLG. 11 73 (Augsburg). Bei irriger Mitaufführung einer Person im Klagerubrum als Gegner des Klägers darf hinsichtlich ihrer eine Abweisung der Klage angebrachtermaßen nicht erfolgen, wenn aus dem Inhalte der Klage ersichtlich ist, daß nicht gegen sie mit geklagt werden sollte.

§ 254. 1. *Simonson, BuschsZ. 34 481. Aus § 259 Abs. 2 BGB. und der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen ergibt sich, daß eine gleichzeitige Verurteilung zur Rechnungslegung und zu deren eidlicher Erhärtung ausgeschlossen ist, da die Frage, ob der Offenbarungseid gefordert werden kann, erst an der Hand der gelegten Rechnung geprüft werden kann. Trotzdem wäre an sich eine Verbindung der drei Klagen auf Rechnungslegung, Offenbarungseid und Leistung denkbar. Die alte ZPO. gestattete die Verbindung der beiden ersteren aber nicht, und § 254 ZPO., der die Zulässigkeit der Verbindung der Leistungsklage, ohne vorherige bestimmte Angabe der Leistungen, mit der Klage auf Rechnungslegung oder auf eidliche Bekräftigung zum 1. 1. 00 einführte, hat damit nicht auch die Verbindung der vorbereitenden Klagen untereinander zulässig gemacht. Die durch § 254 ZPO. gebrachte Neuerung besteht nur in der

Zulässigkeit der Verbindung einer der vorbereitenden Klagen mit der der Höhe nach noch unbestimmten Hauptklage.

2. ElsLothZ. 05 378, R. 05 46 (Colmar). Im Falle einer Verbindung der Ansprüche auf Rechnungslegung und auf Herausgabe des aus dem fraglichen Rechtsverhältnisse Geschuldeten ist nur einer der verbundenen Ansprüche für die Festsetzung des Streitwerts maßgebend, und zwar der höhere. — Vgl. u. § 538 Ziff. 3.

§ 256. I. 1. *du Chesne, SächsA. 15 26 ff. Feststellung, wie sie im Feststellungsurteil erfolgt, gibt es auch außerhalb des Prozesses. Rein erscheint sie nur beim negativen Anerkenntnisvertrage (§ 397 Abs. 2 BGB.) und zwar nur dann, wenn nach der Ansicht der Vertragsparteien ein Schuldverhältnis schon zuvor erloschen ist oder nie bestanden hat. Gemischt mit Willenselementen findet sie sich im negativen Anerkenntnisvertrage des § 397 Abs. 1, 2 und im positiven Anerkennungsvertrage. Die Feststellung ist nicht Willenseinigung, Vertrag, sondern Wissenseinigung, Übereinkommen in einem — richtigen oder wenigstens vermeintlich richtigen — Erkenntnis der Rechtslage.

2. Über die rechtliche Konstruktion der Klage im Forderungsprätendentenstreit vgl. *Pagenstecher, Materielle Rechtskraft 468 ff., 480, 482 ff.; über die Wirkungen des zwischen den Prätendenten ergangenen Urteils *Pagenstecher u. § 322 Bem. 2 und o. zu § 75.

II. Aus der Praxis. — **a)** RG. R. 05 474. Die Feststellungsklage findet nie statt, wenn die Leistungsklage gegeben ist und nicht ein besonderes rechtliches Interesse daran nachweisbar ist, die Feststellungsklage statt der Leistungsklage zu erheben (vgl. JDR. 3 Ziff. I). — **b)** RG. R. 05 474. Mit der Feststellungsklage kann auch die Feststellung von Rechtsverhältnissen, die der Vergangenheit angehören, gefordert werden, wenn sie die Grundlage für einen von dem Kläger jetzt verfolgten Anspruch bilden (vgl. JDR. 3 Ziff. III 5 a). — **c)** RG. GruchotsBeitr. 49 112. Die unterlassene Prüfung des Interesses an der alsbaldigen Feststellung kann nach dem feststehenden tatsächlichen Material in der Revisionsinstanz nachgeholt werden. Das rechtliche Interesse kann bestehen in drohender Verjährung oder in dem ökonomischen Interesse zu wissen, woran man in Ansehung eines Rechtsverhältnisses ist. — Ähnlich RG. GruchotsBeitr. 49 659. — **d)** SeuffA. 60 298 (Hamburg) erkennt an, daß unter gewissen Voraussetzungen aus der Nichtbeantwortung eines Briefes das zur Anstellung einer negativen Feststellungsklage erforderliche rechtliche Interesse zu entnehmen sei. — **e)** RG. JW. 05 536. Es besteht kein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß eine Klage auf Feststellung der Richtigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne Interessennachweis dann zulässig sei, wenn der Kläger die Anfechtung, deren Begründetheit er festgestellt wissen will, erst in der Klageschrift erkläre. Auch ist es nicht richtig, das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses bei einer solchen Klage so lange zu bejahen, bis nicht dargetan ist, daß eine bestimmte Leistungsklage das ganze Interesse des Anfechtenden erschöpft haben würde. — **f)** RG. GruchotsBeitr. 49 659. Eine auf Feststellung, daß eine Willenserklärung abgegeben, ein Vertrag geschlossen sei, gerichtete Klage kann unter Umständen trotz der unrichtigen Formulierung des Antrags als Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses selbst, das durch die abgegebene Willenserklärung, den geschlossenen Vertrag nach der Behauptung des Klägers begründet worden sein soll, aufgefaßt und behandelt werden, dann nämlich, wenn die rechtliche Folge aus der festzustellenden Tatsache sich ohne weiteres ergibt. — **g)** Sächs. OLG. 26 355. Bildet ein mehrjähriger Vertrag mit wiederkehrenden Leistungen den Gegenstand der Feststellungsklage, so muß das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung, sei es nun der Rechtsgültigkeit des Vertrags im

ganzen, sei es des Umfanges der aus ihm geschuldeten Leistungen und hergeleiteten sonstigen Verpflichtungen, wenigstens dann als bestehend angenommen werden, wenn das Verhalten des Vertragsgegners ein zweideutiges und solches ist, das die Auffassung rechtfertigt, er wolle die vom Kläger aus dem Vertrage hergeleiteten Ansprüche ganz oder teilweise zurückweisen, und wenn außerdem nicht jeder Zweifel über die Verbindlichkeit des Abkommens oder den Umfang der dadurch festgesetzten Leistungen ausgeschlossen ist. — **h)** RG. **59** 162, JW. **05** 84. Insoweit der Rechtsweg für Ansprüche aus einem Beamtenverhältnisse zugelassen ist, kann der Beamte der Behörde gegenüber sein Recht auch in der Gestalt der Feststellung eines Rechtsverhältnisses geltend machen. — **i)** ElsLothZ. **05** 135 (Colmar). Ein durch Unfall an der Gesundheit dauernd geschädigter Beamter kann selbst dann, wenn er zur Zeit noch sein volles Gehalt bezieht, mit Rücksicht auf die ihm beim Eintritte der Folgen des Unfalls drohende Pensionierung auf Feststellung der Schadensersatzpflicht gegen den Urheber des Schadens klagen. — **k)** HansGZ. **05** Beibl. 253 (Hamburg). Wenn ein Beklagter den Nachlaß eines Verstorbenen besitzt und sowohl auf Grund eines Testaments, als auch eines Unterhaltsvertrags Rechte daran behauptet, so hat der sich auf ein früheres Testament berufende und das spätere, sowie den Vertrag als ungültig anfechtende Kläger kein ausreichendes Interesse daran, nur festgestellt zu sehen, daß der Vertrag ungültig sei, weil er auch dann noch sich zu entscheiden hat, ob er gegen das spätere Testament vorgehen will. — **l)** SeuffA. **60** 206 (Marienwerder). Auch für die Frage, wieviel der Gläubiger aus einem Urteile vollstrecken darf, kann unter Umständen eine Feststellungsklage gegeben sein, z. B. wenn der Gläubiger versucht hat, zu viel zu vollstrecken, der Schuldner aber zur Zeit unpfändbar gewesen ist, denn hier würde einerseits eine Einwendung aus § 766 gegenstandslos sein, andererseits aber der Schuldner ein Interesse an der Feststellung haben können, wieviel der Gläubiger vollstrecken darf, um zukünftige zu weitgehende Vollstreckungen ein für allemal abzuschneiden. Hat die Vollstreckung dagegen Erfolg gehabt, so kann der Schuldner nach § 766 das Vollstreckungsgericht um Abhilfe angehen, die Feststellungsklage steht ihm nicht zu. — **m)** RG., s. o. Ziff. 4a zu § 249 BGB. — **n)** Über negative Feststellungsklage nach Zession o. § 398 BGB. Ziff. 1bβ.

§ 258. **a)** HansGZ. **05** Beibl. 159, OLG. **11** 75 (Hamburg). Die Klage aus § 258 ist nur für solche Leistungen gegeben, die nach Erlaß des Urteils ohne weiteres infolge Zeitablaufs zu erfüllen sind, nicht dagegen für solche, die in ihrer künftigen Entstehung noch anderweitig, z. B. von einer vorgängigen Gegenleistung, abhängig erscheinen. Eine Klage wegen erst künftig fälliger Mietraten ist daher unzulässig. — Anders R. **05** 503 (Colmar). — **b)** SeuffA. **60** 334 (Hamburg). Die Klage nach § 258 auf künftig fällig werdende wiederkehrende Leistungen kann nur in Verbindung mit einer Klage auf eine bereits fällige Leistung erhoben werden. — Anders R. **05** 503 (Colmar).

§ 259. *Rüdenberg, Notwegrecht 52 ff. (größtenteils mit Hellwig gegen gM.). Diese Bestimmung bezieht sich nicht bloß auf noch nicht fällige oder bedingte, sondern auch auf zukünftig entstehende Ansprüche.

§ 263. KGBl. **05** 96 (KG.). Die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts wird geheilt, wenn der Beklagte im Verlaufe des Prozesses — selbst in zweiter Instanz — seinen Wohnsitz im Bezirke des Prozeßgerichts nimmt.

§ 265. 1. Altmann, SeuffBl. **05** 519 f. Auch mit der Zustellung eines Zahlungsbefehls an den Schuldner gemäß § 693 sind die Wirkungen der Rechtshängigkeit eingetreten. Diese sind bestehen geblieben, auch nachdem der Schuldner Widerspruch erhoben hat (§ 695). Sofern demnächst die Klage innerhalb einer sechsmonatigen Frist bei dem zuständigen Landgericht erhoben ist, wirkt die Rechts-

hängigkeit weiter fort. Die vorerwähnte Frist läuft von dem Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs. — Ist diese Frist nicht gewahrt, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit.

2. *Gusinde 45. Der Streit über die Berechtigung der Verpflichtung zur Übernahme des Rechtsstreits im Falle der §§ 265 und 266 ist kein Zwischenstreit, sondern selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 902 o. § 398 BGB. Ziff. 1 b α.

§ 266. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 662. Gegen ein Urteil, durch welches der Anspruch des Dritten, an Stelle des Klägers einen schwebenden Rechtsstreit als Hauptpartei zu übernehmen, abgewiesen wird, ist die Revision zulässig. Es handelt sich um ein Endurteil, da ein Element der Hauptentscheidung, nämlich die Aktivlegitimation bezüglich des materiellen Anspruchs, bei erfolgter Abweisung dieser Berechtigung zur endgültigen Erledigung gekommen ist.

§ 267. **RG.** JW. **05** 373. Mit der Erhebung der negativen Feststellungswiderklage wird der ganze klägerische Anspruch, auch der einstweilen nicht eingeklagte Teil, rechtshängig. Allein der Antrag auf Abweisung der negativen Feststellungswiderklage und überhaupt die Verteidigung gegen diese stellt trotzdem keine die Verjährung unterbrechende gerichtliche Handlung dar.

§ 268. 1. **a)** **RG.** JW. **05** 27. Ergibt das eigene tatsächliche Vorbringen des Beklagten, daß der Anspruch des Klägers gerechtfertigt ist, so kann die Verurteilung des Beklagten nicht dadurch gehindert werden, daß von den vom Kläger zur Darlegung seines Anspruchs aufgestellten tatsächlichen Behauptungen der Beklagte die eine oder die andere abweichend dargestellt hat und deshalb der unzweifelhaft nur einmal in der einen oder in der anderen Gestalt bestehende Anspruch in der vom Kläger behaupteten Begründung noch nicht festgestellt ist. — **b)** **RG.** R. **05** 20. Es ist eine unzulässige Klagänderung, wenn von einem Gewährleistungsanspruch aus einem Kaufvertrag und von einem Schadensersatzanspruche wegen arglistiger Täuschung zu einem Anspruch aus ungerechtfertiger Bereicherung übergegangen wird. — **c)** **RG.** R. **05** 197, JW. **05** 208, SeuffBl. **05** 199. In dem Übergange von einer Vertragsklage zu einer condictio causa data causa non secuta oder einer condictio sine causa ist eine unzulässige Klagänderung zu erblicken. — **d)** R. **05** 254 (Zweibrücken). Wenn im Laufe der mündlichen Verhandlungen ein ursprünglich auf Erbrechtsnachfolge gestützter Anspruch nunmehr kraft eigenen Rechtes geltend gemacht wird, so liegt Klagänderung vor.

2. Ziff. 2. **RG.** JW. **05** 727. Hält der Richter eine unzulässige Klagänderung für vorliegend, so ist eine sachliche Entscheidung über den Antrag unzulässig. Die Erweiterung oder Beschränkung des Antrags kann auch in einer qualitativen Änderung des Antrags bestehen, z. B. indem der Kläger seinen Anspruch durch Anerkennung eines Wahlrechts des Beklagten ermäßigt.

3. Ziff. 3. **RG.** JW. **05** 739 verneint die Frage, ob mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung der Klagen auf Rechnungslegung, wie sie sich aus § 254 ergibt, die Vorschrift der Ziff. 3 anwendbar, und nach ihr es zulässig ist, daß nach der rechtskräftigen Erledigung des Hilfsanspruchs in dem Nachverfahren über den Hauptanspruch das Interesse eingeklagt werden kann, das beim Ausbleiben der aus dem Teilurteile geschuldeten Handlung dem Gläubiger zu erstatten ist.

§ 271. 1. **a)** **RG.** JW. **05** 643. Abs. 1 findet auf die Zurücknahme einer Nebenintervention keine Anwendung. — **b)** R. **05** 315 (Colmar). Ein im Anwaltsprozesse vom Kläger an den Beklagten gerichtetes Versprechen der Zurücknahme der Klage hat keine prozessuale Bedeutung und wirkt namentlich nicht gleich einer vom Prozeßbevollmächtigten erklärten Zurücknahme. Die Wirkung eines mit dieser Zurücknahme verbundenen Verzichts auf den Klaganspruch ist nach

bürgerlichem Rechte zu beurteilen. — c) **RG.** JW. **05** 537. Die Zurücknahme der Klage in den höheren Instanzen ist auch in einer Ehenichtigkeitssache zulässig.

2. Abs. 1 u. 2. *Blanckmeister, R. **05** 603 ff., sieht als Zeitpunkt, in dem die Klage als zurückgenommen anzusehen ist, auch für diejenigen Fälle, in denen die Einwilligung des Beklagten in die Zurücknahme erforderlich ist, denjenigen an, in welchem der Kläger die Zurücknahme erklärt. Er glaubt, daß durch den späteren Widerspruch des Beklagten der Zurücknahme der Klage zwar nachträglich die Wirksamkeit entzogen wird, daß aber bis zu diesem Widerspruche die Klage als mit der Erklärung des Klägers zurückgenommen anzusehen ist.

3. Abs. 3. a) *Degg, BayRpflZ. **05** 289. Wird die Klage zurückgenommen, so ist der Kläger auch dann zu sämtlichen Kosten des Rechtsstreits zu verurteilen, wenn er die Bezahlung der begründeten Kostenerstattungsansprüche des Beklagten anbietet, und der Beklagte die Erlassung eines Urteils im Kostenpunkte nur deshalb beantragt, weil der Kläger die darüber hinausgehenden unbegründeten Ansprüche des Beklagten bestreitet. § 93 ist nicht anwendbar. Die Prozeßordnung unterscheidet zwischen Kostenpflicht und Kostenhöhe. Die Entscheidung über die Kostenpflicht bildet die Voraussetzung für die Entscheidung über die Kostenhöhe. Über die letztere aber ist erst in dem hierfür bestimmten Kostenfestsetzungsverfahren zu entscheiden. Der Streit über die Höhe der Kosten ist daher ohne Einfluß auf das der Zurücknahme der Klage folgende Urteil im Kostenpunkte. — b) **RG.** SeuffA. **60** 37. Zu den vom Kläger zu tragenden Kosten des Rechtsstreits gehören auch die Kosten einer etwaigen Nebenintervention.

4. Abs. 4. a) **RG.** GruchotsBeitr. **49** 664. Der Beklagte kann die Einlassung auf die neue Klage wegen Nichterstattung der Kosten des Vorprozesses dann nicht verweigern, wenn im Vorprozesse ein nicht legitimierter Vertreter die Klage erhoben hatte. — b) RheinA. **102** I 14 (Köln). Der Beklagte kann die Einlassung verweigern, auch wenn der Vorprozeß im Auslande anhängig war, vorausgesetzt, daß ein dort ergehendes Urteil auch im Inlande als Urteil anerkannt wird bzw. die Vollstreckung gegenseitig verbürgt ist. Dagegen ist nicht erforderlich, daß das ausländische Recht eine dem Abs. 4 gleiche Bestimmung enthält.

§ 274. 1. Ziff. 1. a) R. **05** 136 (Colmar). Hat der Beklagte zunächst die Unzulässigkeit der vom Kläger erhobenen Feststellungsklage und erst dann die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts geltend gemacht, so hat er die letztere Einrede endgültig verwirkt, weil er sie erst nach dem Beginne seiner mündl. Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht hat. — b) R. **05** 515 (Colmar) s. o. §§ 103, 107 GVG.

2. Ziff. 3. OLG. **11** 80 (Hamburg). Der Zulässigkeit der Einrede des Schiedsvertrags steht nicht entgegen, daß die Beklagte den der Klage zugrunde liegenden Vertrag, aus dem sie die Einrede herleitet, gleichzeitig bestreitet, ihn als nicht perfekt geworden bezeichnet und eventuell seine Unwirksamkeit wegen § 138 oder infolge rechtzeitiger Anfechtung wegen Irrtums geltend macht.

3. Ziff. 6. Vgl. o. § 271 Ziff. 4.

4. Abs. 3. **RG.** SeuffA. **60** 75, GruchotsBeitr. **49** 666. Prozeßhindernde Einreden sind auch dann, wenn auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert wird, vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen. Dies gilt auch für die Berufungsinstanz. Prozeßhindernde Einreden, auf die der Beklagte wirksam verzichten kann und die er, obwohl dazu imstande, in erster Instanz nicht vorgebracht hat, gehen endgültig verloren.

§ 278. WürttJ. **17** 235 (Stuttgart) weist eine Widerklage als unzulässig zurück, die nach Eintritt der Rechtskraft eines Versäumnisurteils in dem Termin erhoben wurde, in dem über das Wiedereinsetzungsgesuch und zur Sache verhandelt, die Wiedereinsetzung aber nicht bewilligt wurde.

§ 280. a) ElsLothZ. **05** 51 (Colmar). Eine Widerklage, in welcher die Feststellung eines mit dem Bestreiten der Hauptklage von Anfang an sich deckenden Rechtsverhältnisses verlangt wird, ist schon mangels rechtlichen Interesses unzulässig, da der durch die Feststellungsklage erstrebte Zweck durch Herbeiführung einer Vorabentscheidung über den Grund des der Hauptklage zugrunde liegenden Rechtsanspruchs erreicht werden kann. — b) HansGZ. 05 Beibl. 55 (Hamburg). Die Präjudizialinzidentklage des § 280 ZPO. ist in der Berufungsinstanz nur noch mit Einwilligung des Gegners in die Erweiterung möglich.

§ 285. a) **RG.** JW. **05** 398. Richterliche Ermittelungen über das Bestehen eines Lokalrechts brauchen nicht zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht zu werden und können daher noch zwischen der letzten mündlichen Verhandlung und der Verkündung des Urteils angestellt werden. — b) **RG.** JW. **05** 233. Wird nach der Beweisaufnahme von den Parteien das Wort zur mündlichen Verhandlung nicht begehrt, so beruht ein ohne diese Verhandlung ergehendes Urteil nicht auf dem Verstoße gegen § 285 (vgl. JDR. 3).

§ 286. I. 1. *Pagenstecher, Materielle Rechtskraft 170 f. Die richterliche Überzeugung von der Wahrheit einer tatsächlichen Behauptung braucht nicht so unerschütterlich zu sein, wie in einem Falle der betreffenden Art bei Zuhilfenahme aller im konkreten Prozesse zur Verfügung stehender Erkenntnismittel menschliche Überzeugung überhaupt sein kann; es genügt stets, daß dem Richter die tatsächliche Behauptung in so hohem Maße wahrscheinlich erscheine, wie man es im praktischen Leben fordert, um sagen zu können: Ich bin von der Wahrheit dieser Behauptung fest überzeugt. Ungenau **RG. 15** 339 „bei möglichst erschöpfender Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis". S. auch u. zu § 292.

2. Hagen, JustdRundsch. **05** 353, behandelt die Frage, welchen Beschränkungen die sog. freie Beweiswürdigung unterliegt, insbes. wann die freie richterliche Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache genügend begründet und wann infolgedessen die Ablehnung einer diesbezüglich beantragten Beweisaufnahme gerechtfertigt ist. Als obersten Grundsatz stellte er folgenden auf: Die Ablehnung eines angebotenen Beweises erscheint dann gerechtfertigt, wenn die Überzeugung des Gerichts bereits im Momente der Ablehnung so unwiderleglich und unerschütterlich feststeht, daß die angebotenen Beweismittel, auch wenn sie im Sinne des Antragstellers ausfallen würden, gar keinen Einfluß mehr auf die richterliche Überzeugung ausüben würden; warum dies der Fall ist, muß in dem Urteile genügend begründet und in Wirklichkeit auch tatsächlich begründet sein. (Ähnlich BayObLG. 5 495.) Es wird ferner der Nachweis versucht, daß einzelne diese Frage betreffenden und anscheinend sich widersprechende Entscheidungen des Reichsgerichts in Wirklichkeit sich nicht widersprechen.

II. Aus der Praxis. a) **RG.** R. **05** 315. Es ist nicht unzulässig, daß das Gericht im voraus die Schlüssigkeit der den Gegenstand des Beweiserbietens bildenden Tatsachen prüft und auf Grund der Verneinung dieser Schlüssigkeit die Unerheblichkeit des Beweiserbietens annimmt. — b) **RG.** R. **05** 503. Die Begründung, daß nach Lage der Sache keine der aufgestellten Behauptungen von solcher Beschaffenheit ist, daß ihre Bewahrheitung mit den Feststellungen des Berufungsgerichts unvereinbar wäre, ist eine genügende. — c) R. **05** 531 (BayObLG.). Das Gericht darf eine Behauptung als wahr ansehen, wenn ein hoher Grad der Wahrscheinlichkeit dafür besteht. — d) SeuffA. **60** 466, HansGZ. **05** Beibl. 3 (Hamburg). Es besteht keine Vermutung dafür, daß, wenn das Verschulden einer Partei feststeht, welches den eingetretenen Schaden verursacht haben kann, der entstandene Schaden auch tatsächlich Folge jenes Verschuldens gewesen ist. Es liegt daher dem Schadensersatzpflichtigen nicht der Beweis ob, daß der entstandene Schaden nicht auf das Verschulden zurückgeführt werden könne, vielmehr

hat das Gericht über die Frage des ursächlichen Zusammenhanges nach freier Überzeugung zu entscheiden. — **e)** **RG.** R. **05** 345. Wird das Vorhandensein eines Mittels festgestellt, daß nach den Ergebnissen der medizinischen Wissenschaft eine Heilung oder doch eine wesentliche Besserung einer aus einem von einem anderen zu vertretenden Unfall entstandenen Krankheit herbeizuführen geeignet ist und daß dieses Mittel dem Verletzten auch bekannt geworden und seine Anwendung für ihn möglich gewesen ist, so ist es Sache des Verletzten, die Gründe darzulegen, die ihn von der Anwendung des Mittels abgehalten haben. Erweisen sich die von ihm vorgebrachten Gründe als bloße Vorwände oder doch als solche, durch die sich ein verständiger Mensch, der auch den Interessen des Schadensersatzpflichtigen in billiger Weise Rechnung trägt, von dem Gebrauche der Kur nicht abhalten lassen würde, so ist der Nachweis, daß diese im gegebenen Falle keinen günstigen Erfolg gehabt haben würde, dem Verletzten aufzuerlegen. — **f)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 669. Für eine tatsächliche Feststellung ist es nicht genügend, wenn der Richter ausspricht, er habe die Überzeugung gewonnen, daß die Beklagte mit Handlungen, die ihr Ehemann für sie vorgenommen hat, einverstanden gewesen sei oder sie genehmigt habe. Die Tatsachen, in denen das Einverständnis oder die Genehmigung gefunden wird, müssen vielmehr konkret bezeichnet und festgestellt werden.

§ 287. **a)** R. **05** 371 (BayObLG.). Auch für die Vorschrift des § 287 gilt die Verhandlungsmaxime. Der Kläger muß daher zwar nicht den behaupteten Schaden in allen Einzelheiten zahlenmäßig begründen, aber er muß angeben, in welchen Beziehungen ein Schaden entstanden ist und, soweit es möglich ist, die zur Schätzung des Schadens erforderlichen Angaben machen; er ist nötigenfalls durch Fragen hierzu zu veranlassen. — **b)** **RG.** R. **05** 254. Das Beweiserbieten für die Behauptung, daß der Verletzte schon vor dem in Rede stehenden Unfalle kränklich gewesen sei und nicht die volle Arbeitskraft besessen habe, darf nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil das Gegenteil dieser Behauptung durch die bereits stattgehabte Beweisaufnahme dargetan sei. — **c)** **RG.** R. **05** 20. Im Falle des § 326 BGB. greift sowohl hinsichtlich der Beurteilung der gegen die Ordnungsmäßigkeit des Deckungskaufs erhobenen Beanstandungen, wie auch in betreff der Frage, ob ein vor Ablauf der Lieferungsfrist geschlossener Deckungskauf bei der Schadensberechnung nach Lage des Falles zu berücksichtigen ist, das freie Ermessen des Richters nach Maßgabe des § 287 Platz. — **d)** **RG.** R. **05** 20. Die mangels jeder Unterlage für die Schätzung des Schadens erfolgende Ablehnung der Festsetzung eines Schadensbetrags verstößt nicht gegen § 287, da dieser den Richter nicht schlechthin zur Festsetzung des Schadens, sondern nur dazu verpflichtet, über die Entstehung und Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände nach seiner Überzeugung zu entscheiden. Das richterliche Ermessen endet da, wo seine Anwendung zur Willkür werden würde. — **e)** BayObLG. **6** 27. Die Anordnung des Schätzungseids steht im richterlichen Ermessen; die Revision kann daher nicht darauf gestützt werden, daß das Berufungsgericht es nicht für angemessen erachtet hat, die eidliche Schätzung des Schadens anzuordnen. — **f)** BuschsZ. **35** 239 (Köln). Es ist unzulässig, in den Schätzungseid Tatsachen einzubeziehen, die erst die Verpflichtung zum Schadensersatze überhaupt begründen.

§ 288. I. 1. Über rechtliche Natur und Wirkung des Geständnisses s. *Pagenstecher u. zu § 307 und materielle Rechtskraft 208—248.

2. *Pagenstecher 441 ff. Das sog. zuvorkommende Geständnis ist eine tatsächliche Behauptung ebenso wie jede andere. Diese Behauptung hat nur eine einzige Eigentümlichkeit, nämlich daß sie — sobald sie „durch eine zustimmende Erklärung des Beklagten zu einem rechtsverbindlichen gerichtlichen Ge-

ständnis erwächst" — nicht mehr frei widerruflich ist. Ihr ursprünglicher Charakter als selbständige Tatsachenanführung ist aber auch dann noch nicht verschwunden. Er lebt wieder auf, sobald die „zustimmende Erklärung" wieder zurückgezogen wird. Während die (nachfolgenden) Geständnisse ipso iure hinfällig werden, wenn die „zugestandene Behauptung" fallen gelassen wird, kann ein gleiches hier nicht gelten. Die Anführung ist nunmehr wieder eine selbständige (frei widerrufliche) Behauptung, welche der Richter, wenn sie nicht ausdrücklich zurückgezogen wird, zu beachten hat. (Ähnlich Kisch i. d. Göttingischen gelehrten Anzeigen **01** 234, **RG.** GruchotsBeitr. **37** 1235 ff. AM. insbes. Bülow, Geständnisrecht 286 ff.)

3. Über das Verhältnis des § 288 zu § 291 s. u. zu § 291 Ziff. a.

II. **RG.** JW. **05** 344. Vom Beklagten zugestandene Tatsachen bedürfen im Urkundenprozesse nicht erst des Beweises durch Urkunde.

§ 289. Abs. 2. *Stölzel, Schulung I 1 ff. Für die Beantwortung der Frage, inwiefern eine Einlassung des Beklagten sich als Bestreiten und nicht als Einrede darstelle, ist „im Einklange mit der Rechtsprechung des RG. seit 1884 leitender allgemeiner Gedanke, daß ein seinen Anspruch auf eine Parteierklärung stützender Kläger infolge der Behauptung des Beklagten, die Erklärung sei nicht vollständig angegeben, wenn bei Berücksichtigung des vom Beklagten behaupteten vollständigen Inhalts der Anspruch sich als unbegründet darstellt, verpflichtet ist, seinerseits den Beweis für den von ihm behaupteten beschränkten Inhalt der Erklärung zu führen" (**RG.** JW. **03** 47, Leonhard, Beweislast, Stölzel, BuschsZ. **35** 1 ff.).

§ 290. Pagenstecher, Materielle Rechtskraft 231 ff. u. zu § 307.

§ 291. **a)** *Pagenstecher, Materielle Rechtskraft Anm. 422. Wird eine tatsächliche Behauptung, deren Unwahrheit bei Gericht offenkundig ist, zugestanden, so ist sie bei der Urteilsfällung als wahr zugrunde zu legen. — **b) RG.** SächsA. **15** 65. Unter den bei dem Gericht offenkundigen Tatsachen sind nicht nur solche zu verstehen, die das Gericht aus amtlicher Tätigkeit erkannt hat, sondern auch solche, die so allgemein bekannt und verbreitet sind, daß auch das Gericht die Überzeugung von ihrer Wahrheit haben kann und hat; namentlich wird dieses der Fall sein bei Gebräuchen und Gewohnheiten, die in einer Gegend, an einer Örtlichkeit bestehen. — **c)** AG. Waldshut, BadRpr. **05** 156. Feststellungen von Tatsachen, die auf Grund des Klagevorbringens im Tatbestand eines gegen den Bekl. ergangenen Versäumnisurteils getroffen sind, machen diese Tatsachen noch nicht zu offenkundigen.

§ 292. *Pagenstecher, Materielle Rechtskraft 183. Die praesumtiones iuris schließen nicht die richterliche Überzeugung bis zu einem gewissen Grade aus; denn sie greifen nur insoweit ein, als in der Regel die gewöhnlichen Beweislastregeln zur Anwendung kommen. Sie entbinden also nicht den Richter von der Pflicht, zu prüfen, ob die bestrittene Tatsache, für deren Wahrheit eine Präsumtion streitet, auch wirklich wahr ist. Seine Tätigkeit ist nicht etwa damit erledigt, daß er die Wahrheit der Tatsache, von welcher geschlossen werden soll, feststellt. — Auch wenn der Gegner Gegenbeweis nicht angetreten hat, muß der Richter „nach freier Überzeugung unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen" prüfen, ob die „tatsächliche Behauptung als wahr oder als nicht wahr zu erachten sei". Insbesondere muß er dem Gegner den richterlichen Eid auferlegen, wenn der Eid ihn von der Unwahrheit der Tatsache, für welche die Präsumtion streitet, überzeugen würde.

§ 293. **RG.** SeuffA. **60** 376. Die richterliche Ermittelung über den Bestand eines Gewohnheitsrechts unterliegt nicht dem Verhandlungsprinzip und kann daher auch noch nach der letzten mündlichen Verhandlung rechtsgültig erfolgen.

§ 295. R. **05** 595 (KG.). Die Mängel des Prozeßgründungshergangs müssen ebenso wie die formellen Mängel der Klagerhebung als durch Parteiverzicht heilbar erachtet werden, da es sich um Vorschriften handelt, die zum Schutze der Beklagten gegeben sind und deren Durchführung ein öffentliches Interesse nicht berührt. Dies gilt auch von wesentlichen Mängeln; denn auch auf deren Rüge kann verzichtet werden. Die Möglichkeit des Verzichts beschränkt sich nicht auf mangelhafte Handlungen der Parteien.

§ 296. *Blanckmeister, PosMSchr. **05** 105 ff., hält die Anstellung des Sühneversuchs vor Beginn der mündlichen Verhandlung in jedem Falle für unzulässig. Auch glaubt er, daß von der vorherigen Verlesung der Parteianträge nur dann Abstand genommen werden kann, wenn beide Parteien hiermit einverstanden sind.

§ 299. SächsOLG. **26** 354. Die Parteien haben ein Recht auf unbeglaubigte oder auch auf beglaubigte Abschriften, je nachdem ihr Bedürfnis nur jene oder aber diese erheischt.

Zweiter Titel. Urteil.

Literatur: Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905. — Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft bei betagter und bedingter Berechtigung, in drei Beiträgen zum bürgerl. Recht. Leipzig 1905.

§ 301. I. *Neumiller, R. **05** 92 ff. Die vom RG. neuerdings entschieden vertretene Unzulässigkeit des Teilurteils in Ehesachen schließt auch die Klagabweisung durch Teilversäumnisurteil sowie Beruhen oder Aussetzen der Klage oder Widerklage allein aus. Bleibt eine Partei bei der weiteren Verhandlung aus, so kann über deren Klage nur zusammen mit der Klage der erschienenen Partei nach deren Spruchreife entschieden werden. Das (stets abweisende) Urteil gilt dann auch insoweit als kontradiktorisch; die Ergebnisse der früheren Verhandlungen wirken nicht fort. Der Verschleppungsschutz in Ehesachen ist ungenügend.

II. Aus der Praxis. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1021, JW. **05** 86. Stehen Klage und Widerklage in untrennbarem Zusammenhang und wird die Klage durch Teilurteil vom ersten Richter aus einem für die Widerklage nicht in Betracht kommenden Grunde abgewiesen, so hat das Berufungsgericht, wenn sich dieser Grund in der zweiten Instanz erledigt, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, damit dieses über die kollidierenden Ansprüche in einem Urteil entscheide. — **b)** **RG.** JW. **05** 537. Ein Teilurteil ist unzulässig, wenn die Klageforderung sich nicht auf bekannte Einzelansprüche, sondern auf das Ergebnis eines Kontokorrentverhältnisses bezieht. — **c)** HansGZ. **05** Beibl. 132 (Hamburg). Wenn durch Teilurteil nur über die Klage oder über die Widerklage erkannt wird, so ist von einer Vorabentscheidung über einen Teil der Kosten prinzipiell abzusehen. Eine besondere Kostenentscheidung im Teilurteil führt zu Schwierigkeiten der Verrechnung und zu Unbilligkeiten. — **d)** **RG.** JW. **05** 50, 85, HansGZ. **05** Beibl. 161, DJZ. **05** 69. In Ehesachen, bei denen sowohl Klage als auch Widerklage auf Scheidung der Ehe gerichtet sind, ist der Erlaß eines Teilurteils unzulässig. Dagegen kann z. B. der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens entsprochen werden, obwohl die auf Scheidung gerichtete Widerklage noch unerledigt ist. — **e)** **RG.** JW. **05** 397. Ein Teilurteil ist auch bei Verbindung der Scheidungs- und der Anfechtungsklage unzulässig.

§ 302. BayObLG., SeuffA. **60** 120. Das Vorbehaltsurteil vermag, solange die vorbehaltene Entscheidung noch aussteht, keine Rechtskraft im Sinne des § 322 zu wirken.

§ 303. I. *Gusinde, Zwischenstreit 4 ff. Zwischenstreitigkeiten mit Dritten sind nur die in den §§ 71, 135, 387 genannten Fälle, nicht auch das Ver-

fahren nach §§ 102, 380, 390, 409. AM. Gaupp-Stein, Petersen-Anger, Reincke zu § 102, Troll, Versäumnisurteil 141, Schmidt, Lehrbuch 147, 247 u. a.; RG. 45 408. — Das Zwischenurteil im Zwischenstreit mit Dritten kann nicht als Versäumnisurteil, auch nicht bedingt (wie v. Bülow, GruchotsBeitr. 22 830 annimmt) ergehen. Die Entscheidung darf auch nicht im Endurteil enthalten sein (11, 15). — Das Zwischenurteil des § 303 trifft nicht auch die Zwischenstreitsfälle mit Dritten (15). — Streitigkeiten außerhalb des Rechtsstreits, z. B. über Anordnung eines Arrestes, Zulässigkeit einer Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, Erlaß einer einstweiligen Verfügung, bilden keinen Parteizwischenstreit. AM. allein v. Bülow, GruchotsBeitr. 22 815, wohl verleitet durch § 821 PrEntw. und § 734 NorddEntw.; ebensowenig Streit über die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides usw. (27). — Auch Streitpunkte, die von Amts wegen zu prüfen sind, können einen Parteizwischenstreit bilden, z. B. der Streit über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung. AM. Marwitz, Urteil in bürg. Rechtsstreitigkeiten 38. — Selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel können auch prozessualer Natur sein, z. B. die Behauptungen, die Klageschrift sei nicht ordnungsmäßig zugestellt, der Einspruch oder ein Rechtsmittel sei nicht frist- und formgerecht eingelegt, auf diese Rechtsbehelfe sei verzichtet worden, in der Erklärung einer Partei liege ein Anerkenntnis, ferner das Vorbringen prozeßhindernder Einreden. Diese Fälle bilden keinen Zwischenstreit, weil sie, zugunsten der einen Partei entschieden, sofort den ganzen Prozeß zuungunsten der anderen beenden, also die Hauptsache unmittelbar betreffen. Der Parteizwischenstreit muß aber die Möglichkeit gewähren, nach beiden Seiten hin durch Zwischenurteil entschieden zu werden. Dieses ist jedoch nicht obligatorisch, der Zwischenstreit kann auch durch Beschluß oder im Endurteil erledigt werden (31, 59 ff.).

II. Aus der Praxis. — a) RG. SächsA. 15 708, R. 05 474, JW. 05 438. Gegen ein Zwischenurteil, durch welches eine vom Beklagten vorgeschützte Aufrechnungseinrede verworfen ist, ist ein selbständiges Rechtsmittel nicht zulässig. — b) RG. R. 05 434. Ein Urteil, durch das ein vom Kläger zur Verteidigung gegen zur Aufrechnung gestellte Gegenansprüche des Beklagten einredeweise geltend gemachter Schadensersatzanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt wird, ist ein Zwischenurteil nach § 303 und nicht nach § 304. Ein solches ist daher nicht selbständig, sondern nur gleichzeitig mit dem Rechtsmittel gegen das Endurteil anfechtbar.

§ 304. a) RG. 60 366. Eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs kann nur dann erfolgen, wenn der Klaganspruch seinem Betrage nach streitig sein kann, wenn er also auf Zahlung einer Geldsumme oder auf Lieferung vertretbarer Sachen gerichtet ist. — b) RG. 60 313, JW. 05 728. Das nach § 304 ergehende Urteil hat nur den Charakter einer das Endurteil vorbereitenden Entscheidung; es ist deswegen durchaus unzulässig, ihm die Form eines Urteils zu geben, das den Rechtsstreit, so wie er ist, endgültig erledigt, sei es in der Form eines auf eine Leistungsklage ergehenden Endurteils, wie dahin: „Der Beklagte wird verurteilt, den Schaden zu ersetzen, der dem Kläger dadurch entstanden ist, daß ꝛc.“, sei es in Form eines auf eine Feststellungsklage ergehenden Urteils, wie dahin: „es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen, der dem Kläger dadurch entstanden ist, daß ꝛc.“. Dasselbe gilt von einem Zwischenurteile des Inhalts: „Der Anspruch auf Ersatz des Schadens, den der Kläger durch den (näher bezeichneten) Unfall erlitten hat, wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt“. Die allein dem Gesetz entsprechende Urteilsformel lautet: „Der Klaganspruch wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt“. — c) RG. R. 05 474. Wird der mit der Klage er-

hobene Anspruch auf verschiedene Rechtsgründe gestützt, so kann das Gericht ein Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs erst dann erlassen, wenn es den als begründet anzuerkennenden Rechtsgrund festgestellt hat, nicht schon dann, wenn es den einen oder den anderen Rechtsgrund als jedenfalls zutreffend erachtet. — **d)** **RG.** R. **05** 227. Auch für das Zwischenurteil, welches darüber zu entscheiden hat, ob der erhobene bestimmte Anspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist, ist der Grundsatz zu beachten, daß nicht mehr zugesprochen werden darf, als beantragt ist. — **e)** **RG.** JW. **05** 737. Stehen einem Anspruche Gegenforderungen des Beklagten gegenüber, so kann über den Grund des Anspruchs erst dann vorabentschieden werden, wenn festgestellt ist, daß der Anspruch die Gegenforderungen übersteigt. — **f)** **RG.** JW. **05** 178. Ist nur ein akzessorischer Schadensanspruch „vorbehaltlich der Liquidation" erhoben, so ist der Erlaß eines Zwischenurteils unzulässig. — **g)** **RG.** JW. **05** 645. Die Entscheidung über ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten ist in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs, nicht erst in dem Nachverfahren über den Betrag zu treffen. (Ebenso JDR. 3 Ziff. 4.) — **h)** **RG.** JW. **05** 398. Wird eine Feststellungsklage, verbunden mit einer Leistungsklage, deren Betrag nicht bestritten wird, erhoben mit dem Antrage auf Ersatz allgemein des aus einem Unfall entstandenen Schadens, so ist ein Zwischenurteil gemäß § 304 hinsichtlich beider Klagen ausgeschlossen, weil die Feststellungsklage einen Streit über einen Betrag gar nicht einleitet und bei der Leistungsklage die Voraussetzung eines streitigen Betrags fehlt. — **i)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1025, 1103, 1108. Wenn der Klagantrag nur dahin geht, den Beklagten zum Ersatze des entstandenen Schadens zu verurteilen, ohne daß ein bestimmter Betrag gefordert wird, so ist es unzulässig, durch Urteil den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt zu erklären. — Ähnlich **RG.** R. **05** 474. — **k)** **RG.** JW. **05** 27, GruchotsBeitr. **49** 304, BadRpr. **05** 33. Macht bei einer Schadensersatzklage der Beklagte geltend, daß der Anspruch des Klägers auf die Berufsgenossenschaft übergegangen sei, so ist über diesen Einwand bereits bei Erlaß des Zwischenurteils zu entscheiden; denn die Frage, ob bzw. in welcher Höhe der Übergang erfolgt ist, betrifft nicht den Betrag, sondern den Grund des Schadensersatzanspruchs. — **l)** **RG.** JW. **05** 344. Bei einer Klage auf Auflassung gegen Zahlung einer Geldsumme und auf Schadensersatz wegen verspäteter oder unmöglicher Erfüllung ist eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs auf Auflassung unzulässig. — **m)** **RG.** s. o. § 249 BGB. Ziff. 4b.

§ 306. *Pagenstecher, Materielle Rechtskraft 282; s. u. § 307 u. o. § 397 BGB. Ziff. 1.

§ 307. *Pagenstecher 276 ff. a) Das Anerkenntnis ist eine Prozeßhandlung mit materiell-rechtlicher Wirkung. Diese Wirkung entspricht derjenigen eines Feststellungsvertrags zwischen den Parteien. Eine Rechtsänderung kann das Anerkenntnis somit nur herbeiführen, wenn es „ungerechtfertigt" ist (vgl. o. §§ 780 ff. BGB. Ziff. 2). Voraussetzung der rechtsändernden Wirkung ist die Rechtskraft des Anerkenntnisurteils. Mit der Rechtskraft des Anerkenntnisurteils tritt die Rechtsänderung konstitutiv mit rückwirkender Kraft auf den Schluß der letzten Tatsachenverhandlung ein. Entsprechendes gilt beim Geständnis, nur daß hier die Wirkungen denjenigen eines beschränkten Feststellungsvertrags konform sind (276, 218 ff.). — b) Das Anerkenntnis ist trotz seiner materiell-rechtlichen Wirkung nicht „zugleich materielles Rechtsgeschäft" (283), sondern ebenso wie das Geständnis reine Prozeßhandlung (278). Die Beseitigung wegen Zwanges, Irrtums und Betrugs kann nur nach Maßgabe der ZPO. erfolgen. In Betracht kommen § 290, der analog anzuwenden ist (278) und per argumentum a majore ad minus, §§ 580 Nr. 4, 581 (279). — Nach den gleichen Grundsätzen

ist die Frage zu entscheiden, wann ein Geständnis widerrufen werden kann (279, 231 ff. und Anm. 655). — c) Nur insoweit die Parteien die rechtlichen Beziehungen, welche Gegenstand der Urteilsfindung sind, durch einen Feststellungsvertrag hinsichtlich des behaupteten Rechtes zur Entstehung bringen könnten, können sie im Prozesse (wirksam) Anerkenntnisse und Geständnisse ablegen. Hat der Richter daher begründete Zweifel, ob das in concreto der Fall ist, so hat er unter vorläufiger Nichtbeachtung der abgegebenen Anerkenntnisse und Geständnisse von dem Kläger den Nachweis zu verlangen, daß diejenigen Voraussetzungen vorliegen, unter denen Anerkenntnisse und Geständnisse wirksam abgegeben werden können (292). Beispiel: A. klagt aus Schuldschein auf 1000. B. erkennt an. Richter hat Grund zu der Annahme, daß A. dem B. nur 500 gegeben und ihn unter Ausbeutung seines Leichtsinns veranlaßt habe, den Schuldschein über 1000 auszustellen. A. muß alsdann trotz des Anerkenntnisses beweisen, daß er dem B. 1000 gegeben habe. Ist dieser Beweis geführt, so ist das Anerkenntnis vollwirksam. B. kann also z. B. nicht nachträglich Rückzahlung vorschützen (291 ff.). — d) Über Natur und Wirkung der Feststellungsverträge in dem oben gemeinten Sinne s. o. §§ 780 ff. BGB. Ziff. 2.

§ 308. 1. Abs. 1. **RG.** R. **05** 503. Steht dem Richter auch die Subsumtion der Tatsachen unter das Gesetz unabhängig von den Ausführungen der Partei frei, so würde die Unterstellung anderer als der wirklich geltend gemachten Ansprüche, also anderer Klagegründe, doch gegen das den Prozeß beherrschende Verhandlungsprinzip verstoßen.

2. Abs. 2. R. **05** 197 (Jena). Ist in der ersten Instanz bei Klagabweisung über die Kosten nicht erkannt worden, so hat das Berufungsgericht die Entscheidung über die Kostenpflicht für die erste Instanz nachzuholen, auch wenn die Berufung zurückgewiesen, die erstinstanzliche Entscheidung also nicht abgeändert wird, da die in Abs. 2 ausgesprochene Verpflichtung des Gerichts sich auch auf die Rechtsmittelinstanz bezieht und in ihr über die ganzen Kosten zu erkennen ist.

§ 311. **RG.** SächsA. **15** 617, JW. **05** 115. Ergibt das in dem Termine zur Verkündung aufgenommene Protokoll, daß zwar ein Urteil, aber nicht welches Urteil verkündet worden ist, so ist die gegen das angeblich in jenem Termine verkündete und mit dem Verkündigungsvermerke versehene Urteil eingelegte Berufung zulässig. Der Mangel in der Verkündung, der auch nach § 295 nicht geheilt werden kann, begründet einen wesentlichen Mangel des Verfahrens in erster Instanz, der die Anwendung des § 539 rechtfertigt.

§ 313. I. 1. *Bovensiepen, Minderkaufmann und seine Gesellschaften. Ist eine Firma von Minderkaufleuten als solche verurteilt worden, so ist, wenn die Klage nicht allen Gesellschaftern zugestellt ist und über die Personenidentität nur der geringste Zweifel besteht, das Urteil wirkungslos; für ein formloses Berichtigungsverfahren kein Raum.

2. Sperl, DJZ. **05** 543 ff. Ein öffentlich und mündlich verkündetes Urteil muß so lange als Rechtsspruch dieser Instanz aufrecht bleiben, als sein Inhalt amtlich feststellbar ist, mag auch die dazu dienende Ausfertigung vom Richter nicht verfaßt worden sein, weil er inzwischen verstorben, wahnsinnig geworden, verschollen oder zum Richteramte unfähig geworden ist.

II. Aus der Praxis. **a) RG.** JW. **05** 374. Mit Rücksicht auf die Frage der Revisibilität der angewendeten Bestimmungen muß das Berufungsgericht die Rechtsquellen, die es im einzelnen anwendet, genau bezeichnen, widrigenfalls das Urteil der Aufhebung unterliegt. — **b) RG.** R. **05** 474. Die in einem Urteil enthaltene Bezugnahme auf die Ausführung in einem anderen Urteil ist nicht nur zulässig, wenn die Parteien in beiden Prozessen die gleichen sind, sondern auch dann, wenn dies zwar nicht der Fall ist, wohl aber die Per-

sonen, welche die Parteien bilden, in beiden Sachen identisch sind. — **c)** **RG.** **JW.** **05** 233 hebt ein Urteil, das als Kläger „die Inhaber der Teilschuldverschreibungen Nr. rc. der Anleihe der P. Aktiengesellschaft in L." als gegen § 313 Abs. 1 Nr. 1 verstoßend auf. — **d)** **RG.** SächsA. **15** 493. Derjenige, welchem von einer Partei der Streit verkündet worden ist, der aber nicht als Nebenintervenient beitritt, ist im Urteilsrubrum nicht als am Prozesse beteiligt aufzuführen, auch ist darin nicht über die Kosten der Streitverkündung zu erkennen. — **e)** **RG.** JW. **05** 319. In dem Tatbestand ist der Sach- und Streitstand, wie er sich nach dem Ergebnisse der mündlichen Verhandlung gestaltet hat, zum Ausgangspunkte der Darstellung zu nehmen. Es ist danach vor allem dasjenige, was bei der mündlichen Verhandlung unstreitig geworden ist, als solches in den Vordergrund zu stellen und von dem streitig gebliebenen scharf zu sondern, und es ist ferner bei der Darstellung des letzteren darauf Bedacht zu nehmen, daß die einzelnen tatsächlichen Behauptungen der Parteien nicht mit den dafür geltend gemachten Beweismitteln (einschließlich der Eideszuschiebung) vermengt, sondern selbständig für sich mit dem zu ihrem Verständnis erforderlichen Maße von Deutlichkeit wiedergegeben werden. — **f)** **RG.** R. **05** 474. Ein Verstoß gegen die formelle Vorschrift über die Gestaltung des Tatbestandes begründet nicht ohne weiteres die Revision, sondern nur, wenn der Tatbestand dadurch sachlich unbrauchbar wird, indem er die sichere Ermittelung des Sach- und Streitstandes ausschließt oder wenigstens wesentlich erschwert.

§ 315. Mosler, DJZ. **05** 351. Ist ein Einzelrichter an der Unterschrift eines verkündeten Urteils verhindert, so ist der Prozeß mit dem rechtlich existent gewordenen unvollständigen Urteile für diese Instanz als abgeschlossen zu betrachten. Das Urteil kann mit der Berufung angefochten werden.

§ 318. **RG.** HansGZ. **05** Beibl. 120. Nur an die Entscheidung, nicht an die Begründung eines Zwischenurteils ist das Gericht bei seinem Endurteile gebunden. Die Begründung des Zwischenurteils darf nicht auf Grund neuer Tatsachen durch eine andere Begründung ersetzt, wohl aber auf Grund einer Berichtigung des Tatbestandes ergänzt werden.

§ 319. **a)** HansGZ. **05** Beibl. 1, OLG. **11** 82 (Hamburg). Die Berichtigung einer im Urteilstenor enthaltenen offenbaren Unrichtigkeit kann auch schon vor Absetzung der Gründe erfolgen und kann auch dazu führen, daß statt auf Verurteilung auf Klagabweisung erkannt wird. — **b)** **RG.** JW. **05** 729. Wenn in einem rechtskräftigen Urteil ein Eid „dem Inhaber" einer Firma auferlegt ist und sich nachher herausstellt, daß mehrere Inhaber vorhanden sind, so kann das Gericht die Urteilsformel im Berichtigungsverfahren abändern. — **c)** ElsLothZ. **05** 289 (Colmar). Der Berichtigungsbeschluß wird nur den Prozeßbeteiligten gegenüber rechtskräftig, denen er zugestellt worden ist. Wenn er nun auch rückwirkende Kraft in dem Sinne hat, daß er feststellt, was wirklich vom entscheidenden Gerichte gewollt war, und es deshalb so anzusehen ist, wie wenn die Entscheidung von Anfang an in der berichtigten Fassung erlassen worden wäre, so werden doch die Rechtsmittelfristen durch das Berichtigungsverfahren nicht berührt. Der Berichtigungsbeschluß hat insbesondere keine Wirkung auf die Prozeßhandlungen der Parteien, die vor der Berichtigung vorgenommen worden sind. Wenn also die Zustellung eines unberichtigten Urteils an einen Prozeßbevollmächtigten mit der diesem Urteil entsprechenden unrichtigen Bezeichnung als Vertreter anderer Personen als der tatsächlich von ihm vertretenen erfolgt, so ist diese Zustellung ungültig. Sie wird erst gültig vorgenommen, wenn sie an den Prozeßbevollmächtigten unter richtiger Bezeichnung der von ihm vertretenen Personen erfolgt.

§ 321. **RG. 59** 128, SeuffA. **60** 376, DJZ. **05** 70, R. **05** 20. Wenn das, was in zweiter Instanz von neuem verlangt wird, bereits in erster Instanz verlangt war und von dem ersten Richter aus Versehen unberücksichtigt gelassen ist, so kann das die prozeßrechtliche Befugnis der Partei zur Erweiterung des Klagebegehrens in der Berufungsinstanz nicht aufheben oder beschränken. Es kommt daher darauf an, ob das neue Begehren die durch die §§ 529, 268 für die Geltendmachung neuer Ansprüche in der Berufungsinstanz gegebenen Grenzen überschreitet oder nicht.

§ 322. I. *Pagenstecher. a) Die Wirkungen der Rechtskraft liegen auf materiell-rechtlichem Gebiete. Die Wirkungen der rechtskräftigen Leistungs- und Feststellungsurteile sind vergleichbar denjenigen eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Feststellungsvertrags (94, 305). Das „materiell ungerechtfertigte" der Klage stattgebende Leistungsurteil erzeugt eine Forderung (73, 83 f., 411). Es erzeugt aber nicht — wie vielfach gelehrt wird »→ **RG. 46** 336 ←« — das „eingeklagte Recht", sondern es verpflichtet die Parteien lediglich, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn das „eingeklagte Recht" entstanden wäre und noch bestände (138, 143 f., Anm. 1083). »→ Analog § 141 Abs. 2 BGB.: Wird ein im Jahre 1904 abgeschlossener, wegen Formmangels (§ 518 BGB.) nichtiger Schenkungsvertrag im Jahre 1905 „bestätigt", so erwirbt der Beschenkte eine Forderung; er erwirbt aber — auch wenn § 141 Abs. 2 Platz greift — nicht die Forderung, welche er erworben hätte, wenn der Vertrag vom Jahre 1904 gültig gewesen wäre; vgl. hierzu a. a. O. Anm. 191 und 455 ff. ←« Wird die Leistungsklage durch „materiell ungerechtfertigtes" Urteil abgewiesen, so erlischt die geltend gemachte Forderung (108, 93 f., Anm. 175 und 733; analog § 397 Abs. 2 BGB.). Das „materiell gerechtfertigte" Leistungsurteil erzeugt niemals einen akzessorischen Anspruch (97, 410 und Anm. 966). — b) Unterliegt der wahre Gläubiger im Forderungsprätendentenstreit, so geht die Forderung auf den Sieger über (422, 430). — c) Über die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils in Prozessen über absolute Rechte s. a. a. O. 111 ff., 314 ff. — d) »→ Man macht sich nicht — wie Hellwig, Klagerecht und Klagemöglichkeit 92 Anm. 39 meint — einer contradictio in adjecto schuldig, wenn man von einem deklarativen oder feststellenden Urteil spricht und dennoch die Ansicht vertritt, daß das (seiner Idee nach stets nur konstatierende) Urteil in Fällen, wo dem Richter sein Ziel, die Wahrheit zu deklarieren mißlingt, rechtsändernd wirke (vgl. hierzu Wach, Handbuch 7 Anm. 7 und 9 o.). Ein Widerspruch dürfte dagegen vorliegen, wenn man einerseits behauptet, das Urteil habe stets nur rein deklarative Wirkung, und andererseits lehrt, daß jedes Urteil — auch das materiell gerechtfertigte Feststellungsurteil — bestimmungsgemäß ein (publizistisches) Recht erzeuge (vgl. Hellwig a. a. O. 92 und Pagenstecher a. a. O. 40). ←« e) Ein rechtskräftiges Urteil ist — solange es besteht — ein authentisches Zeugnis für seine Gesetzmäßigkeit. Beseitigt werden kann es nur im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens und nur hier können innerhalb der von der ZPO. gezogenen Grenzen Folgerungen daraus gezogen werden, daß es auf ungesetzlichem Wege zustande gekommen sei. Hieraus folgt, daß niemals — solange ein rechtskräftiges Urteil besteht — jemand sich deswegen, weil er es benutzt, aus §§ 823, 826 BGB. ersatzpflichtig machen kann (328). Abw. insbes. Kohler, BuschsZ. **29** 38 ff. und in seiner Enzykl. II 150, sowie **RG.** (Strafs.) **34** 279 ff. und **RG. 46** 75 ff.; gegen beide Entscheidungen Pagenstecher 395 ff., gegen die letzte vgl. auch Schneider, Treu und Glauben im Prozesse 37, Hellwig, Klagerecht und Klagemöglichkeit 78 Anm. 5, JDR. **3** § 322 Ziff. 7 u. 16, Dernburg, DJZ. **05** 465 ff. — f) Das rechtskräftige Urteil in der Sache selbst stellt nicht nur fest, daß die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien so

sind, wie sie im Urteile deklariert wurden. Es stellt auch weiter noch fest, daß die Beziehungen, die es als bestehend deklariert, wirklich vom objektiven Rechte anerkannte Rechtsbeziehungen sind. Stellt der Richter die Existenz rechtlicher Beziehungen fest, wie solche nach unserem positiven Rechte nicht bestehen können, so ist die Sachlage so zu beurteilen, wie sie voraussichtlich geregelt wäre, wenn unser Gesetz derartige Beziehungen anerkennen würde (331; Beispiele Anm. 776 f.). — g) Wurde eine Leistungsklage rechtskräftig abgewiesen und der Beklagte erkennt später das abgesprochene Recht an, so liegt hierin nicht — wie **RG. 42** 163 meint — ein Verzicht auf die Wirkungen des rechtskräftigen Erkenntnisses; ein solcher Verzicht ist rechtlich unmöglich (322 u. Anm. 757; vgl. auch a. a. O. 341 ff.). — h) Die Tatsache, daß ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, hat der Richter auch in Prozessen zwischen Personen, auf welche sich die Rechtskraft des betreffenden Urteils nicht erstreckt, von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Parteien können den Richter nicht dadurch, daß sie das inter alios ergangene Urteil in ihrem Prozeß unerwähnt lassen, zwingen, die durch das Urteil hervorgerufene Rechtsänderung zu ignorieren (350; das. auch ein Beispiel; s. u. §§ 325 Ziff. 1, 767 Ziff. 5, sowie o. zu § 397 Ziff. 1 und §§ 780 ff. Ziff. 2 BGB.).

II. **RG.** SeuffA. **60** 242, GruchotsBeitr. **49** 673. Ist in einem früheren Prozesse des Mieters gegen den Vermieter auf Duldung der Räumung festgestellt worden, daß das Mietverhältnis mit einem bestimmten Tage beendigt worden ist, so steht einer späteren Klage des Vermieters auf Zahlung des Mietzinses für die Zeit nach jenem Tage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Denn die Wirkungen der Rechtskraft treten ein, einerlei ob der Anspruch in der Folgezeit direkt geltend gemacht oder bekämpft wird oder ob sein Bestehen oder Nichtbestehen als Voraussetzung eines anderen Anspruchs geltend gemacht wird. Bildet also sein Bestehen eine notwendige Voraussetzung dieses später erhobenen Anspruchs, so fällt letzterer ohne weiteres, wenn die Nichtexistenz des ersteren kraft früherer Entscheidung feststeht; ist dagegen das Nichtbestehen die notwendige Voraussetzung, so fällt der später erhobene Anspruch, wenn der erste Anspruch rechtskräftig feststeht, und umgekehrt: es kann die Voraussetzung des später erhobenen Anspruchs nicht mehr streitig gemacht werden, wenn sie in einem früher rechtskräftig zuerkannten Anspruch oder in der Nichtexistenz eines früher rechtskräftig aberkannten Anspruchs besteht.

§ 323. **a**) In einer Reihe von Entscheidungen des **RG.** SächsA. **15** 503 (vgl. auch JW. **05** 152 u. o. Ziff. 1 zu § 843 BGB.) wird die Auffassung mißbilligt, daß ganz allgemein bei Zuerkennung einer Rente gemäß §§ 843, 844 BGB. die Verurteilung des Ersatzpflichtigen zeitlich unbegrenzt ausgesprochen werden könne mit der Begründung, daß sich die Zeit, für welche die Rente zu entrichten sein werde, im voraus nicht mit genügender Sicherheit übersehen lasse und es deshalb dem Verurteilten überlassen bleiben müsse, seine Rechte nach Maßgabe des § 323 ZPO. zu wahren. — **b**) OLG. **11** 83 (Karlsruhe). Auf Vergleiche ist der § 323 nicht anwendbar. Vgl. JDR. **3** Ziff. II 1.

§ 325. 1. *Pagenstecher 340. a) Wer materiell-rechtlich die Verfügungsmacht über einen ihm fremden Prozeßgegenstand hat, ist auch befähigt, mit Wirkung gegen den in dem materiellen Rechtsverhältnisse stehenden Dritten zu prozessieren. Der innere Grund dieser Rechtsnorm liegt ganz einfach darin, daß die Prozeßführung eben auch eine Art rechtlicher Verfügung über die res in iudicium deducta ist (407; aM. Hellwig, Rechtskraft 51 Anm. 1; vgl. aber **RG. 56** 109 ff.). — b) Ist durch „materiell ungerechtfertigtes" Urteil vom 1. 1. 02 zwischen B. und E. rechtskräftig festgestellt, daß B. an der dem E. gehörigen Sache S. ein Pfandrecht aus Vertrag vom 1. 1. 00 habe, so muß C., der im Jahre 1903 S. von E. erworben hat, nicht nur (wie jedermann) aner-

kennen, daß dem B. jetzt (seit 1. 1. 02) ein Pfandrecht an S. zustehe, sondern er ist auch dem B. gegenüber in jeder Weise so verpflichtet, wie er es wäre, wenn B. wirklich durch Vertrag vom 1. 1. 00 ein Pfandrecht erworben hätte (333 f., 336, 313 ff. und Anm. 1083; Beispiel, welches die praktischen Konsequenzen zeigt, das. 334 in Verb. mit 128 ff.; über die Ansicht von Mendelssohn-Bartholdy das. 128 Anm. 329; § 322). — c) Das Urteil schafft nicht Rechtskraft zwischen Sukzessor und Autor (ebenso Hellwig, Rechtskraft 142); die Auffassung, wonach die Wirkungen der Rechtskraft auf materiell-rechtlichem Gebiete liegen, nötigt keineswegs zum umgekehrten Schlusse (336; aM. Hellwig). — d) Zu Abs. 2. Wenn jemand von einem „Nichtberechtigten" eine Sache erwirbt, so versteht es sich ganz von selbst, daß es gleichgültig ist, ob der „Nichtberechtigte" sein Eigentum durch ein ihm ungünstiges rechtskräftiges Urteil oder durch irgendeinen anderen materiell-rechtlich wirksamen Tatbestand, z. B. einen Feststellungsvertrag, verloren hat. War der Erwerber im guten Glauben, d. h. hielt er — ohne daß ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele — den Nichtberechtigten nach wie vor für den Eigentümer, so erwirbt er durch die Veräußerung Eigentum. Ob er im guten Glauben war, weil er von einem Prozesse, durch welchen der nunmehr „Nichtberechtigte" das Eigentum verlor, oder von einem Vertrage, der diesen Erfolg hatte, nichts wußte, kann keinen Unterschied machen! Eine Bestimmung, welche das besonders festsetzt, ist nicht notwendig. § 325 Abs. 2 hat nur Bedeutung für den Fall, daß jemand in der Zeit zwischen dem Eintritte der Rechtshängigkeit und dem Eintritte der Rechtskraft von einer der Prozeßparteien etwas erwirbt (338).

2. Strohal, Grenzen der Urteilsrechtskraft 159 ff. Die auf Grund betagter oder bedingter Verfügung eintretende Rechtsnachfolge vollzieht sich grundsätzlich schon mit der Perfektion des Verfügungsgeschäfts und nicht erst mit dem Eintritte des Termins, der Erfüllung der Bedingung. Demgemäß gehört auch der Anwärter aus einer betagten oder bedingten Verfügung zu denjenigen Rechtsnachfolgern des Verfügenden, für und gegen welche das in einem über den Gegenstand der bedingten Verfügung zwischen dem Verfügenden und einem Dritten geführten Prozesse ergangene Urteil nach Abs. 1 wirkt, nicht, wenn das Verfügungsgeschäft schon vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit vollendet war, mag auch der Termin erst nachträglich eingetreten, die Bedingung erst nachträglich erfüllt sein.

3. Über die Einwirkung des zwischen Gläubiger und Hauptschuldner ergangenen Urteils auf die Bürgschaft s. o. zu § 768 BGB.

§ 326. *Grosse, Stellung des Universalfideikommissars im Vergleiche mit der Stellung des Nacherben. — **a)** Die Vorschrift erklärt sich daraus, daß der Nacherbe Sukzessor des Vorerben ist. Aus diesem Gesichtspunkte hat auch der Vorerbe, wenngleich die im § 383 Nr. 1—3 und § 384 Nr. 1 normierten Voraussetzungen gegeben sind, im Falle des § 385 Nr. 4 nicht das Recht der Zeugnisverweigerung; ferner ist die Eideszuschiebung an den Nacherben über die im § 445 angeführten Tatsachen zulässig. Schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge wirken, weil der Nacherbe gleich beim Erbfalle Rechtsnachfolger des Erblassers bezüglich seines Anwartschaftsrechts wird, diejenigen Urteile Rechtskraft gegenüber dem Nacherben, welche ein Testamentsvollstrecker oder der Vorerbe in einem ex jure defuncti geführten Prozesse erstritten hat, im ersten Falle unbeschränkte Rechtskraft, im zweiten Falle Rechtskraft im Umfange des § 326. — **b)** Abs. 1. *Grosse: Das Urteil wirkt unbeschränkt, also auch gegen den Nacherben, wenn dieser seine Zustimmung zur Prozeßführung des Vorerben gegeben hat (mit Hellwig, Rechtskraft § 33).

§ 328. 1. Nr. 1. PosMSchr. **05** 96 (Posen). Der vom RG. vertretenen Auffassung (RG. **37** 372), daß eine stillschweigende Vereinbarung über die Zuständigkeit des ausländischen Gerichts niemals angenommen werden könne, wenn das betreffende Gericht nach dem ausländischen Rechte zuständig ist, kann in dieser Allgemeinheit nicht beigestimmt werden. Eine Prorogation der Parteien auf das objektiv zuständige Gericht erscheint jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn unter ihnen über seine Zuständigkeit Streit und Zweifel obwalten.

2. Nr. 2. *Kleinfeller, BöhmsZ. **15** 369. Die Voraussetzung der Nichteinlassung wird nicht dadurch erfüllt, daß der Beklagte, nachdem er mündlich verhandelt hat, in einem späteren Termine ausbleibt; § 328 Nr. 2 findet nicht Anwendung auf einen Widerklageprozeß, wenn die Widerklage mündlich zu erheben ist. ⇛ In Österreich wird Widerklage schriftlich erhoben. ⇚

3. Nr. 5. **RG.** R. **05** 82, JW. **05** 87. Die Gegenseitigkeit für die Anerkennung ausländischer Urteile kann nicht bloß durch Gesetze, Staatsverträge, Deklarationen, sondern auch durch eine beständige Übung der Gerichte verbürgt sein. Eine solche liegt jedoch im Kanton Bern nicht vor.

§ 329. *Levis, BuschsZ. **34** 475. Beschlüsse, die ohne Verkündung und Zustellung ins Leben treten, werden nicht im Augenblicke der Unterzeichnung durch den Richter und nicht im Augenblicke der Abgabe der Verfügung an die Kanzlei wirksam, sondern erst mit ihrer Verlautbarung gegenüber einem Beteiligten. In Fällen, in welchen der Gerichtsschreiber sofort die Zustellung des Beschlusses gemäß § 166 Abs. 2 oder § 168 vermittelt, tritt die Verlautbarung mit der Übergabe der Anordnung an den Gerichtsvollzieher ein. Mit der Verlautbarung beginnt die Möglichkeit der Einlegung eines Rechtsmittels, mit ihr entsteht die Kostenpflicht, mit ihr wird die Entschließung der freien Abänderung durch den Richter entzogen — überall vorbehaltlich positiv-rechtlicher Ausnahmen.

Dritter Titel. Versäumnisurteil.

§ 330. a) Brasack, DJZ. **05** 452, schlägt vor, das formelle Versäumnisurteil dadurch zu ersetzen, daß die Klagurschrift selbst durch einen vom Richter darauf gesetzten Vermerk zum vollstreckbaren Schuldtitel ausgestaltet wird. — b) *Auerbach, BuschsZ. **35** 222, erörtert die Streitfrage, ob § 370 oder § 330 und § 331 stärker ist, und die Frage, welchen Charakter das Läuterungsurteil hat, insbesondere, ob dagegen Berufung und Revision oder Einspruch zulässig ist.

§ 331. 1. Pfeiffer, DJZ. **05** 1056 f., empfiehlt die Bezeichnung „Unechte Versäumnisurteile" für die im Versäumnisverfahren gegen die anwesende Partei ergehenden Urteile, wie Klagabweisung, Prozeßabweisung wegen fehlender Prozeßvoraussetzungen, Verwerfung des Rechtsmittels usw.

2. **RG.** SeuffA. **60** 243. Bei der Frage, ob ein Versäumnisurteil vorliegt, das ausschließlich im Wege des Einspruchs angefochten werden kann, kommt es lediglich darauf an, ob nach Maßgabe der Gründe des betreffenden Erkenntnisses die getroffene Entscheidung auf der Annahme beruht, daß eine totale Versäumnis im Sinne der §§ 331, 333 ZPO. vorliege. Einerlei ist es, welchen Sinn der Richter mit dem Erlaß eines Versäumnisurteils verbindet und ob für ein solches nach der Sachlage die erforderliche Grundlage, nämlich das Vorhandensein einer totalen Versäumnis in Wirklichkeit Platz greift.

§ 339. HansGZ. **05** Beibl. 310 (Hamburg). Der Beschluß, durch welchen gegenüber einem im Auslande Wohnenden die Einspruchsfrist gegen ein Versäumnisurteil festgesetzt wird, ist dem das Versäumnisurteil Erwirkenden von

Amts wegen, von Partei wegen seinem Gegner zuzustellen. Solange die letztere Zustellung nicht erfolgt ist, kann der Einspruch noch eingelegt werden.

§ 340. Schilling, R. **05** 220, bekämpft die Auffassung, daß der Einspruch von Amts wegen zu verwerfen sei, wenn der Einspruchschriftsatz versehentlich nur die Ladung zur Verhandlung über den „Einspruch" statt über die „Hauptsache" enthalte. — Ebenso Pignol ebenda. (JDR. 3 Ziff. 2 a. E.)

§ 341. AG. I Berlin, KGBl. **05** 26. Ist ein in nicht gehöriger Form eingelegter Einspruch als unzulässig verworfen worden, so steht der ordnungsmäßigen Einlegung des Einspruchs nichts im Wege, falls sonst die Voraussetzungen für den Einspruch noch vorliegen.

Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 360. WürttJ. **17** 58 (Stuttgart). Das Gericht ist befugt, trotz Widerspruchs einer Partei zu beschließen, von der vollständigen Erledigung eines Beweisbeschlusses abzusehen, wenn die noch ausstehende Beweisaufnahme infolge des Ergebnisses der bisherigen überflüssig geworden ist.

§ 363. a) Über Zeugenvernehmung in den Vereinigten Staaten von Nordamerika in deutschen Zivilprozessen s. Schnitzler, DJZ. **05** 251. — **b**) **RG.** JW. **05** 28. Dem Prozeßgericht ist nicht die Befugnis gegeben, dem Beweisführer bei Verlust des Beweismittels aufzuerlegen, daß er den ausländischen Zeugen zwecks seiner Vernehmung im Inlande stelle. Vielmehr ist, wenn die unter Beweis gestellten Tatsachen erheblich sind, und die Beweisaufnahme im Inlande nicht erfolgen kann, nach Maßgabe der §§ 363, 364 zu verfahren.

§ 366. Über Zwischenstreit s. Gusinde o. zu § 303 Ziff. I.

§ 370. BadRpr. **05** 187 (Karlsruhe) (vom RG. bestätigt). Die Exhumierung und Öffnung einer Leiche zum Zwecke der Vornahme eines Augenscheins und der Begutachtung durch Sachverständige kann nur mit Einwilligung der Hinterbliebenen angeordnet werden.

Sechster Titel. Beweis durch Augenschein.

Vor § 371. *Rosenmeyer, GerS. **63** 53 f. Körperliche Untersuchung ist Augenscheinseinnahme. Eine Pflicht zur Duldung der Untersuchung ist im Zivilprozeß, auch im Eheprozesse nach dem zur Beurteilung der Frage in Betracht kommenden materiellen Rechte (§ 809 BGB.) zu verneinen. Eine Weigerung, sich untersuchen zu lassen, kann, wenn grundlos, auch nach § 286 ZPO., nicht gegen den sich Weigernden verwertet werden. Nur das Entmündigungsverfahren kennt wegen der geltenden Offizialmaxime eine Pflicht zur Duldung.

Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

§ 373. a) **RG.** ElsLothZ. **05** 256. Der Antrag auf eidliche Vernehmung eines Zeugen darf nicht im Hinblick auf dessen frühere, in einem anderen Prozesse derselben Parteien uneidlich abgegebene, abweichende Aussage und auf dessen damit übereinstimmendes schriftliches Zeugnis noch mit Rücksicht auf die inzwischen abgelaufene längere Zeit, welche seine Erinnerungsfähigkeit in Frage stelle, abgelehnt werden. — **b**) **RG.** R. **05** 474. Kommanditisten können im Prozesse der Kommanditgesellschaft nicht als Zeugen vernommen werden, und zwar auch dann nicht, wenn die Kommanditgesellschaft sich bereits in Liquidation befindet.

§ 376. a) SeuffA. **60** 79 (KG.). Wenn augenscheinlich die Vernehmung eines Beamten über solche amtlichen Vorgänge in Frage steht, über welche er an sich schweigen muß, und wenn vollends der Beamte selbst sich auf die mangelnde Genehmigung seiner vorgesetzten Dienstbehörde beruft, so steht dem Gericht eine Entscheidung über die materielle Berechtigung seiner Zeugnisverweigerung nicht

zu, sondern es ist unbedingt die Entscheidung der vorgesetzten Dienstbehörde des Beamten einzuholen. Dies gilt auch für die preußischen Notare, und zwar auch dann, wenn die privaten Beteiligten den Notar von seiner Schweigepflicht bereits entbunden haben. — **b)** SeuffA. **60** 210 (Celle). Ein Sparkassenrendant darf sein Zeugnis über ein Darlehn, über das die Erben des Empfängers untereinander streiten, wohl unter Berufung auf § 376, nicht aber unter Berufung auf § 383 Nr. 5 verweigern.

§ 377. Fuhrmann, R. **05** 589, führt aus, daß die Angabe des Beweisthemas in der Zeugenladung oft lästige Folgen für den Zeugen mit sich bringe. Er empfiehlt, dem § 377 folgenden Zusatz zu geben: Die Bezeichnung der Parteien und der Gegenstand der Vernehmung hat in der Ladung wegzubleiben, wenn den Gegenstand der Vernehmung Fragen bilden, deren Beantwortung dem Zeugen zum sittlichen Vorwurfe oder zur Unehre gereichen oder welche ihm die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würden.

§ 380. R. **05** 227 (Frankfurt). Die Ungehorsamsfolgen aus § 380 dürfen nur von dem Richter verhängt werden, der das Erscheinen des Zeugen angeordnet hatte und dessen Anordnung durch das Nichterscheinen verletzt worden ist, also nur von dem ersuchten, nicht von dem ersuchenden Richter.

§ 383. **RG. 59** 85, JW. **05** 28. An Stelle des Vorstandes einer in Konkurs geratenen Aktiengesellschaft kann der Konkursverwalter einen als Zeugen benannten Notar von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinden, wenn die Aufklärung der Tatsachen, über die der Zeuge vernommen werden soll, für die Konkursmasse von Bedeutung ist und die Ausübung des Verfügungs- oder Verwaltungsrechts des Konkursverwalters beeinflußt.

Vgl. auch o. § 376 Ziff. 6.

§ 384. Nr. 3. **RG.** JW. **05** 344. Als Gewerbegeheimnis ist auch der Wortlaut von Verträgen anzusehen, welche im literarischen oder Kunstverlage von den Inhabern der Geschäfte mit den Schöpfern der verlegten Werke geschlossen werden.

§ 385. Nr. 3. (JDR. **3** Ziff. 1 a u. b.) **a)** PosMSchr. **05** 30 (Posen). Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 385 Nr. 3 ist nicht, daß die betreffende Angelegenheit nur auf dem Boden des Familienverhältnisses entstehen kann. Entscheidend ist vielmehr, ob die konkrete Angelegenheit ihre Grundlage in dem Familienverhältnisse hat; denn alsdann ist sie in dem konkreten Falle durch das Familienverhältnis bedingt. — **b)** HansGZ. **05** Beibl. 176 (Posen). Der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Vater ist keine durch das Familienverhältnis bedingte Vermögensangelegenheit; eine solche liegt daher noch viel weniger dann vor, wenn der Vater eine Abfindungssumme an die Mutter gezahlt hat und Streit darüber ist, ob die Mutter ihm einen Teil des Geldes zur Aufbewahrung und Verwaltung für das Kind wieder zurückgegeben hat.

§ 386. Abs. 1. SeuffA. **60** 469 (Bamberg). Wenn aus der Beweisfrage selbst sich ergibt, daß durch die sei es bejahende oder verneinende Antwort den Zeugen ein Nachteil treffen würde, so darf er das Zeugnis ohne weiteres verweigern, ohne daß er sich darüber auszulassen braucht oder zu untersuchen ist, ob seine Aussage bejahend oder verneinend ausfallen würde. Die Vorschrift des § 386 Abs. 1 bezieht sich nur auf den Fall, daß die Tatsachen, auf die der Zeuge seine Weigerung gründet, nicht bereits klar zutage treten.

§ 387. Über mündliche Verhandlung s. Gusinde o. zu § 71 Ziff. 1.

§ 398. **a)** R. **05** 532 (BayObLG.). Die Parteien sind befugt, die Protokolle über Zeugenvernehmungen, die in einem anderen Prozesse stattgefunden haben, als Urkunden über die von den Zeugen gemachten Aussagen zu benutzen; das Prozeßgericht kann auch die nochmalige Vernehmung dieser Zeugen als

zwecklos ablehnen. — **b)** Abs. 1. R. **05** 345 (BayObLG.). Die Vorschrift des Abs. 1 findet keine Anwendung auf den Fall, wenn Zeugen zwar in der Vorinstanz schon vernommen, aber über eine wesentliche Tatsache noch nicht gefragt worden sind; das Berufungsgericht ist hier nicht berechtigt, aus dem Schweigen der Zeugen eine Vermutung für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Tatsache herzuleiten.

§ 401. Bongsch, R. **05** 277, bekämpft die in der Praxis vielfach vertretene und meist als feste Regel beobachtete Ansicht, daß Zeugen oder Sachverständigen gegen die seitens des Vorsitzenden der Zivil- oder Strafkammer erfolgte Festsetzung ihrer Gebühren eine direkte Beschwerde an das im Instanzenzuge übergeordnete Gericht nicht zustehe, sondern daß sie zuvor eine Entscheidung des Prozeßgerichts selbst über die von seinem Vorsitzenden getroffene Festsetzung im Wege der sogenannten „Erinnerung" herbeiführen müßten, und erst gegen diese Entscheidung des Prozeßgerichts den Weg der Beschwerde im Instanzenzuge beschreiten könnten. Er führt aus, daß derartige Verfügungen des Vorsitzenden denen des Prozeßgerichts insofern gleichständen, als das Prozeßgericht keine besondere Instanz über seinem Vorsitzenden bilde, und jene Verfügungen des Vorsitzenden als solche des Prozeßgerichts zu gelten hätten. Die entsprechende Ansicht des RG. über die Stellung des beauftragten Richters müsse noch viel mehr auf den Vorsitzenden Anwendung finden.

Achter Titel. Beweis durch Sachverständige.

§ 404. **a)** **RG.** JW. **05** 537, R. **05** 567. Wird von einer Partei ein Privatgutachten beigebracht, so ist der Wert desselben, sofern keine Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Sachverständigen vorliegen, nach seiner Begründung unter Berücksichtigung der besonderen Sachkunde des Gutachters zu beurteilen. — Dazu Meyer, R. **05** 643. — **b)** **RG.** R. **05** 197. Aus der Weigerung der im Eheherstellungsprozesse beklagten Ehefrau, sich von den vom Gerichte bestellten Sachverständigen auf ihren Geisteszustand untersuchen zu lassen, kann das Gericht die Folgerung ziehen, daß die Frau den von ihr zu führenden Beweis hinsichtlich des von ihr behaupteten Mißbrauchs des ehemännlichen Rechtes nicht erbracht habe.

§ 406. 1. Gegen OLG. **10** 321 (Posen) führt Schultze-Görlitz, ZBlFG. **5** 740ff. aus: § 406 besagt nicht, daß die Ablehnungsgründe auch tatsächlich solche sein müssen, die die Ablehnung eines Richters herbeizuführen geeignet sein würden. Vielmehr führt die „entsprechende" Anwendung des § 406 in der freiw. Gerichtsbarkeit zu dem Schlusse, daß die aus der Person des Sachverständigen zu entnehmenden Befangenheitsgründe in demselben Umfange sollen zur Geltung gebracht werden können, wie dies die ZPO. für geboten erachtet. — In der freiw. Gerichtsbarkeit treten für die Ablehnung des Sachverständigen nicht die im § 6 Abs. 1 aufgeführten unbedingten Ablehnungsgründe an die Stelle der im § 41 ZPO. aufgeführten; das FGG. wollte eine minder strenge Ausschließung wohl für den Richter festsetzen, nicht aber für den Sachverständigen, der in der freiw. Gerichtsbarkeit wie in der streitigen ein Beweismittel ist.

2. **a)** (IDR. 3 Ziff. 1.) ElsLothZ. **05** 492 (Colmar). Aus der Tatsache allein, daß der Sachverständige bereits vor Einleitung des Rechtsstreits auf Veranlassung einer Partei ein Gutachten über den Streitgegenstand erstattet hat, rechtfertigt sich die Ablehnung desselben nicht. Es ist im Einzelfalle zu prüfen, ob Anlaß gegeben ist, die Unparteilichkeit anzuzweifeln. — BadRpr. **05** 139 (Karlsruhe) hält die Ablehnung für gerechtfertigt. — **b)** **RG.** **60** 110. Eine Entscheidung, die über ein in der mündlichen Verhandlung angebrachtes Gesuch um Ablehnung eines Sachverständigen, anstatt durch Beschluß, in den Gründen des Be-

rufungsurteils erfolgt, ist mit der Revision anfechtbar. — **c)** **RG.** SeuffA. **60** 123. Ein Sachverständiger kann in der zweiten Instanz nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil er schon in der ersten Instanz als solcher vernommen worden ist.

§ 413. Vgl. o. zu § 401.

§ 414. **RG.** **59** 169, JW. **05** 28, 116. Die Ablehnung eines benannten sachverständigen Zeugen hat nicht nach den Grundsätzen über die Ablehnung eines Sachverständigen zu erfolgen.

Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

§ 415. *Pagenstecher 184 ff. § 415 enthält lediglich eine praesumtio juris. Die freie Beweiswürdigung ist nicht ausgeschlossen. Gegenbeweis kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden. § 292 ist entsprechend anwendbar. S. auch o. zu § 292.

§ 416. **RG.** JW. **05** 29. Über die materielle Beweiskraft einer Urkunde ist durch § 416 nichts bestimmt, und die Frage, ob das in derselben enthaltene außergerichtliche Geständnis der Wahrheit entspricht, ist nach freiem richterlichem Ermessen zu entscheiden. (JDR. **3** zu § 416.)

§ 418. S. Pagenstecher o. zu § 415.

§ 420. BayObLG. **5** 576. Die Antretung des Beweises durch Urkunden, die durch Vorlegung der Urkunden erfolgt, ist eine den Parteien obliegende Prozeßhandlung. Der Vorsitzende des Berufungsgerichts ist, wenn nicht besondere Umstände die Pflicht zur Ausübung seines Fragerechts begründen, nicht verpflichtet, die Parteien zu befragen, ob sie nicht außer den vorgelegten Urkunden noch andere, etwa die in der ersten Instanz vorgelegten, als Beweismittel für den Urkundenbeweis benutzen wollen.

§ 428. Meyer, BayRpflZ. **05** 26, hält es für unzulässig, im Beweisbeschlusse einem Zeugen aufzugeben, Schriftstücke zu überreichen oder sich vor seiner Vernehmung aus denselben zu unterrichten.

§ 432. SächsOLG. **26** 168. Der Antrag auf Herbeiziehung des über einen Zeugen angeblich ergangenen Strafregisterauszugs ist unzulässig.

§ 438. Abs. 2. *Pagenstecher 185. Die Vorschrift ist eine praesumtio iuris. Vgl. o. zu § 415.

Zehnter Titel. Beweis durch Eid.

§ 445. **a)** **RG.** JW. **05** 179. Es ist zulässig, einen Eid dahin zu normieren, daß eine Sache einer Person „gehört". — **b)** S. u. zu § 475 Ziff. 1.

§ 446. S. Pagenstecher zu den §§ 415, 438.

§ 452. R. **05** 621 (Kiel). Die vom Gegner des Beweispflichtigen abgegebene Erklärung, er nehme den Eid an, falls er in der Überzeugungsform normiert werde, andernfalls schiebe er ihn zurück, ist als zulässige Erklärung auf die Eideszuschiebung anzusehen.

§ 453. S. Pagenstecher u. zu § 475 Ziff. 1.

§ 459. Abs. 3. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1028, erklärt für unzulässig die Formulierung eines Eides dahin, daß der Beklagte eidlich zu erhärten habe nicht allein, die Überzeugung von der Wahrheit der klägerischen Behauptung nicht erlangt zu haben, sondern weiter noch, positiv die Überzeugung von der Richtigkeit seiner eigenen Geschichtserzählung erlangt zu haben.

§ 461. 1. Schon, DJZ. **05** 453, schlägt vor, in den beiden Fällen des Abs. 1 die Anordnung der Leistung des Eides durch Beweisbeschluß, anstatt wie bisher in das Belieben des Richters zu stellen, zu einer Pflicht des Richters zu machen.

2. Abs. 2. Begriff des selbständigen Verteidigungsmittels: **RG.** **60** 366.

§ 463. **a**) R. **05** 316 (Breslau). Der volle Beweis ist für die beschworene Tatsache durch die Eidesleistung erbracht, gleichviel in welcher der drei Normen des § 459 die Tatsache zum Ausdruck gelangt. — **b**) BuschsZ. **35** 242 (Köln). Die Leistung des Eides braucht nicht wiederholt zu werden, auch wenn der Gegner von dem Termin zur Eidesabnahme nicht ordnungsmäßig benachrichtigt worden ist.

§ 469. **RG.** SeuffA. **60** 423. Wird im Läuterungsverfahren eine Änderung des Eidesnorm beantragt, so muß die Verhandlung hierüber das Streitverhältnis, soweit es für die im Läuterungsurteil zu treffende Entscheidung in Betracht kommt, in tatsächlicher wie rechtlicher Beziehung erschöpfen. Dazu gehört, namentlich wenn der zur Läuterung berufene Gerichtshof anders besetzt ist als derjenige, der das zu läuternde Urteil gefällt hat, daß neben den Gründen auch der Tatbestand des bedingten Urteils vorgetragen wird.

§ 471. **RG.** JW. **05** 88. Der Umstand, daß der Eid von einer eidesunfähigen Person bereits geleistet ist, schließt die Anwendung des § 471 nicht aus.

§ 472. *Bucerius, DJZ. **05** 1046 ff. Wird ein Eid für notwendige Streitgenossen oder mehrere gesetzliche Vertreter normiert, so können im bedingten Endurteile nur Folgen für die Fälle der Leistung oder der Weigerung des Eides durch alle Schwurpflichtigen vorgesehen werden. Die freie Beweiswürdigung, die einzutreten hat, wenn einzelne Schwurpflichtige den Eid weigern, verweist das Gesetz in das Läuterungsverfahren. (JDR. **3** Ziff. 1.)

§ 473. *Harster, BayRpflZ. **05** 16. In Prozessen der zu einem Schulsprengel nach bayerischem Rechte vereinigten politischen Gemeinden erfolgt die Eideszuschiebung an die sämtlichen Mitglieder der verstärkten Gemeindeverwaltung (in ihrer jeweiligen Zusammensetzung), nicht an die Mitglieder der Verwaltungen aller Einzelgemeinden.

§ 475. 1. *Pagenstecher 176. Der Richter muß einen Noteid auferlegen, wenn alle Mittel, ihn von der Wahrheit oder Unwahrheit einer bestrittenen Parteibehauptung zu überzeugen, erschöpft sind und nach Lage der Sache ein gesetzlich zulässiger Eid der einen oder anderen Partei ihm die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der betreffenden Behauptung verschaffen würde. (Ähnlich A. Engelmann, Zivilprozeß III 310 f.). — Nur wenn die genannten Voraussetzungen nicht vorliegen, darf der Richter auf einen Schiedseid erkennen (179). Vgl. auch JDR. **1** Ziff. 8 zu § 475 u. o. Pagenstecher zu § 292.

2. Aus der Praxis. **a**) **RG.** JW. **05** 26. Wenn das Gericht eine Partei zum richterlichen Eide verstatten will, so darf es die Erhebung eines von dem Gegner über die Unglaubwürdigkeit und den schlechten Ruf derselben angetretenen Beweises nicht ablehnen, es sei denn, daß es sich über die Wahrheit oder Unwahrheit dieser Hilfstatsache bereits aus anderen Momenten eine vollständige Überzeugung gebildet hätte, die die angebotene Beweisführung nicht mehr zu beeinflussen vermöchte. — **b**) **RG.** JW. **05** 153. Die Beweislast darf bei der Auswahl der zum richterlichen Eide zu verstattenden Partei als wesentliches Moment nicht in Betracht gezogen werden. — **c**) **RG.** R. **05** 435. Auf einen richterlichen Eid können die Gerichte auf Grund der mündlichen Verhandlung erkennen, ohne die übrigen Beweisantretungen zu erledigen.

Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 484. ElsLothZ. **05** 165 (Colmar). Die Gelobung eines Mennoniten auf seinen Taufbund unter Handschlag gegenüber dem eidabnehmenden Richter ist in Elsaß-Lothringen der Eidesleistung nach § 484 gleichzuachten.

Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

§ 485. RheinA. **102** I 42 (Köln). Im Beweissicherungsverfahren muß das Gericht die von der Partei benannten Sachverständigen vernehmen. Die Gegenpartei kann diese Sachverständigen nicht wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen, derartige Einwendung vielmehr erst in dem späteren Prozeßverfahren geltend machen.

Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten.

§ 495. *Michels, DJZ. **05** 196, macht Vorschläge zur Abänderung des Verfahrens vor den Amtsgerichten, namentlich durch Schaffung einer nur bei dem (größeren) Amtsgerichte zugelassenen Rechtsanwaltschaft unter Ausschluß anderer Rechtsanwälte von der Vertretung vor jenem, Übertragung der Vorschriften des Gewerbegerichtsgesetzes und Festsetzung der Kosten von Amts wegen im Versäumnis- und Anerkenntnisurteil.

§ 506. Abs. 2. PosMSchr. **05** 96, OLG. **11** 85 (Marienwerder). Der Verweisungsbeschluß unterliegt nicht der Nachprüfung durch das Landgericht.

Drittes Buch. Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung.

§ 511. **RG.** R. **05** 82. Gegen ein mit dem Verkündigungsvermerke versehenes Urteil ist die Berufung auch dann gegeben, wenn dasselbe in Wirklichkeit nicht verkündet worden ist. Ein solcher Mangel bietet Anlaß zur Aufhebung und Zurückverweisung auf Grund des § 539.

§ 513. *Gusinde, Zwischenstreit 54. Auch das Versäumniszwischenurteil des § 347 Abs. 2 ist mit der Berufung nicht anfechtbar, wohl aber das kontradiktorische Zwischenstreiturteil inter partes nach § 512.

§ 514. **RG.** R. **05** 137. Der Rechtsmittelverzicht kann auch in Ehesachen wirksam erklärt werden.

§ 515. Baudoin, JustdRundsch. **05** 346. Zweifellos kann der Berufungskläger mit Einwilligung des Gegners jederzeit die Berufung zurückziehen, allein für den Rückzug gelten die in Abs. 2 vorgeschriebenen besonderen Formen. Solange diese Formen nicht erfüllt sind, ist die einfache Erklärung der Zurücknahme der Berufung trotz des Einverständnisses des Gegners ohne prozessuale Wirkung, sie darf vom Berufungsgerichte nicht berücksichtigt werden.

§ 516. **a)** HessRspr. **6** 58 (Darmstadt). Ist die Berufung zweimal wirksam eingelegt und wird die eine Berufung dann zurückgenommen, so zieht diese Zurücknahme den Verlust des Rechtmittels überhaupt nach sich, und zwar auch dann, wenn der Verlust des ganzen Rechtsmittels nicht beabsichtigt gewesen ist. — **b)** Abs. 2. R. **05** 649 (Colmar). Die Einlegung der Berufung vor Zustellung des angefochtenen Urteils ist dann nicht wirkungslos, wenn es sich um ein von Amts wegen zugestelltes Urteil handelt.

§ 517. HansGZ. **05** Beibl. 84, OLG. **11** 88 (Hamburg). Durch die Vorschrift des § 517 wird die Frist für die Berufung gegen das erste ergänzte Urteil verlängert. Sie läuft aber bereits von der Zustellung des ersten Urteils an, so daß die vor Zustellung des Ergänzungsurteils erfolgte Berufung wirksam bleibt.

§ 521. **RG.** JW. **05** 729. Die Anschlußberufung ist an eine Form nicht gebunden; sie kann auch darin gefunden werden, daß der Berufungsbeklagte einen Antrag auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils stellt, ohne zu erklären, daß er sich der gegnerischen Berufung anschließe.

§ 528. *Reichel, BuschsZ. **34** 347. Hat der außerhalb eines ausschließlichen örtlichen Gerichtsstandes Verklagte in 1. Instanz die Unzuständigkeit geltend

zu machen versäumt, so hat der Berufungsrichter die Unzuständigkeit außer Betracht zu lassen, wenn die 1. Instanz sie übersehen oder, wennschon zu Unrecht, verneint hat. Es hat sie dagegen und zwar auch von Amts wegen, zu beachten, wenn die 1. Instanz sie (von Amts wegen) mit Recht bejaht hat.

§ 529. **a)** **RG. 59** 397. Ein in die Klagschrift aufgenommener, in der mündlichen Verhandlung erster Instanz aber nicht verlesener Klagantrag kann nicht zum Gegenstande der Entscheidung in der Berufungsinstanz gemacht werden. **b)** **RG.** SächsA. **15** 493. Wenn ein Klagegrund, der in der Klageschrift geltend gemacht, aber in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht erster Instanz nicht vorgetragen worden war, in der Berufungsverhandlung vorgebracht wird, so liegt darin eine Klagänderung, die gegenüber dem Widerspruche des Beklagten unzulässig ist.

§ 533. **a)** R. **05** 621 (Kassel). Die in der ersten Instanz von dem Delaten abgegebene Erklärung, daß er einen ihm zugeschobenen Eid nicht leisten werde, und die in Verbindung mit dieser Erklärung erfolgte Zurückschiebung des Eides kann in der Berufungsinstanz widerrufen werden, wenn die Zurückschiebung unzulässig war. — **b)** Abs. 2. **RG.** BadRpr. **05** 368, R. **05** 621. Wenn auf Grund eines an sich unzulässigen Beweisbeschlusses die Leistung eines Parteieides erfolgt ist, und wenn das Berufungsgericht nach neuer Beweiserhebung und Beweiswürdigung denselben Eid für erheblich erachtet, so ist wiederholte Eidesleistung jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn eine wesentliche Veränderung der Grundlagen für die tatsächliche Beurteilung nicht eingetreten ist.

§ 536. 1. *A. Fuchs, R. **05** 159 f. Will das Berufungsgericht im entgegengesetzten Sinne als das erstinstanzliche Gericht erkennen, also z. B. bei in erster Instanz erfolgter Klagabweisung den Beklagten klaggemäß verurteilen, so ist das angefochtene Urteil in dem Berufungsurteil aufzuheben und anderweit dahin zu erkennen, daß Beklagter klagegemäß verurteilt werde. Die Fassung „das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, daß Beklagter nach dem Klagantrage verurteilt wird" ist sprachlich unrichtig und findet im § 536 keine Stütze.

2. BayRpflZ. **05** 387 (Breslau). Das Verbot der reformatio in pejus bezieht sich nur auf Ansprüche, die an die Anträge der Parteien gebunden sind, wie der Zusammenhang mit dem Grundsatze des § 308 ergibt. Durch dessen Abs. 2 ist in Ansehung des Kostenpunkts eine Ausnahme von der Regel des Abs. 1 gemacht, weil die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten grundsätzlich als notwendige Folge aus dem Unterliegen in der Hauptsache erwächst. Über die Kostenpflicht ist daher auch ohne Antrag, also von Amts wegen zu entscheiden und zwar ohne die Begrenzung des § 536, falls nicht etwa auch hier bestimmte Anträge gestellt werden.

§ 538. Nr. 3. (JDR. 3.) **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1035, SächsA. **15** 217. Wenn mit einer Klage auf Rechnungslegung die Klage auf Zahlung des Rechnungssaldos verbunden ist und in erster Instanz auf Abweisung erkannt ist, der Berufungsrichter aber zur Rechnungslegung verurteilt, so ist eine Zurückverweisung unzulässig; denn das über die Rechnungslegung ergangene Urteil ist ein Teilurteil, kein Zwischenurteil aus § 304, ein Betrag ist noch gar nicht streitig, es steht nicht einmal fest, ob die Rechnungslegung ein Guthaben für den Kläger ergeben wird. — **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1033. Im Falle der Nr. 3 hat das Berufungsgericht die Sache auch dann an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen, wenn sie in Beziehung auf den Betrag spruchreif ist. — **c)** **RG. 59** 427, GruchotsBeitr. **49** 1031, JW. **05** 179. Nr. 3 findet keine Anwendung, wenn der erste Richter zwar ebenso wie der zweite eine Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatze, wenn ein Schaden entstanden ist, anerkennt,

jedoch die Klage deshalb abweist, weil nach seiner Annahme ein Schaden nicht entstanden ist. Denn es kann dem ersten Richter nicht zugemutet werden, daß er die Höhe eines nach seiner Überzeugung gar nicht vorhandenen Schadens feststelle.

§ 542. R. **05** 371 (Marienwerder). Hat der in erster Instanz obsiegende Kläger auf die Berufung des Beklagten in der Berufungsinstanz die Klage zurückgenommen und widerspricht der Beklagte der Zurücknahme der Klage, so kommen, wenn der Kläger erklärt, nicht verhandeln zu wollen, für das Versäumnisverfahren nicht die Bestimmungen des § 330, sondern die Bestimmungen des § 542 Abs. 2 zur Anwendung.

Zweiter Abschnitt. Revision.

Literatur: Zu dem Kommentare von Freudenthal und von Reincke ist je ein Nachtrag, der die Nov. v. 5. 6. 05 behandelt, erschienen. — Eine Darstellung der durch die Nov. v. 5. 6. 05 gegebenen neuen Vorschriften bringen Salinger in den Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins, Langheineken, SeuffBl. **05** 709, Landsberg, PosMSchr. **05** 81, Neumiller, BayRpflZ. **05** 309, Scheele, JW. **05** 353. — Die Einwirkung der Novelle auf die bayerischen Revisionen erörtern Kaiser, JW. **05** 378 und Mayer, JW. **05** 417. — Über die Einwirkung der Novelle auf den Ansatz der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren äußert sich Pfafferoth, JW. **05** 419.

§ 545 ff. 1. Art. II ZPONov. v. 5. 6. 05. *Neumiller, BayRpflZ. **05** 313. Soweit in Landesgesetzen auf die Vorschriften der ZPO. hinsichtlich Revision und Beschwerde verwiesen ist, sind hierunter die Normen v. 20. 5. 98 weiter zu verstehen, bis das Landesrecht entsprechend geändert wird. Für die im § 3 Abs. 2 EGZPO. vorgesehenen Verfahren gilt die ZPO. jedoch in der Fassung v. 5. 6. 05.

2. Art. III der ZPONov. **a)** *Neumiller, BayRpflZ. **05** 314. Die am 9. 6. 05 verkündeten oder mangels Verkündung von Amts wegen zugestellten Entscheidungen unterliegen bereits den neuen Vorschriften. Der Zustellungstag ist ohne Einfluß, wenn Verkündung voranging (§§ 625, 640, 641 ZPO.) — **b)** Oppler, R. **05** 428. Das Gesetz sagt nicht, daß es mit seiner Verkündigung in Kraft treten wolle, es handelt sich nicht um ein Ereignis oder einen in den Lauf eines Tages fallenden Zeitpunkt, der für die Berechnung des Fristbeginns maßgebend sein soll, sondern das Gesetz erklärt, daß es mit dem Tage seiner Verkündigung in Kraft trete, dieser Tag ist also auch nach der Vorschrift des § 187 Abs. 2 mitzurechnen. — Die Revision gegen ein am 9. 6. 05 verkündetes oberlandesgerichtliches Urteil ist nur zulässig, wenn der Streitwert 2500 M. übersteigt. Ebenso Eickhoff, DJZ. **05** 688 und **RG.** JW. **05** 730. — **c)** Anders Heinitz, DJZ. **05** 636 ff. Das Gesetz betr. Änderungen der ZPO. v. 5. 6. 05 ist mit dem Ablaufe des 9. 6. 05, dem Tage seiner Verkündigung, in Kraft getreten.

§ 545. **a)** **RG.** BadRpr. **05** 340. Über die Zulässigkeit der Revision entscheidet die rechtliche Natur des Urteils, nicht die Auffassung des Berufungsgerichts. — **b)** **RG.** ElsLothZ. **05** 545. Die Revision ist auch gegenüber einem in den Vorinstanzen nicht vertretenen Mitbeklagten zulässig, wenn die Klage auch ihm gegenüber abgewiesen ist.

§ 546. 1. Putzler, JW. **05** 673, gibt Hinweise bezüglich einer Fassung der Klaganträge in 1. Inst., durch welche nach Möglichkeit der Partei die Anrufung des Reichsgerichts gesichert werden kann. Er empfiehlt den Anwälten 1. Inst., bereits für den Klageantrag von der Partei Angaben machen zu lassen, die sich auf das Vorhandensein der RevSumme beziehen.

2. Aus der Praxis. **a)** **RG.** JW. **05** 116. Für die Bemessung der RevSumme ist der Wert des Streitgegenstandes zur Zeit der RevEinlegung maß=

gebend, nicht ein später eingetretener höherer Wert. — **b)** **RG.** R. **05** 20. Im Rechtsstreit über die Rechtmäßigkeit einer einstweiligen Verfügung bestimmt sich der Wert des Beschwerdegegenstandes für die RevInst. nach dem Interesse, welches der RevKläger, je nachdem er Antragsgegner oder Antragsteller ist, daran hat, entweder, daß die in der Berufungsinstanz für gerechtfertigt erklärte einstweilige Verfügung aufgehoben wird, oder daß die in der Berufungsinstanz aufgehobene Verfügung wieder in Kraft gesetzt wird. Der für die Schätzung dieses Interesses maßgebende Zeitpunkt ist der Tag der RevEinlegung. Das in früherer Vergangenheit liegende Interesse daran, daß die einstweilige Verfügung überhaupt nicht erlassen oder zur Ausführung gebracht wäre, bzw. daran, daß sie erlassen wurde und nicht wieder aufgehoben wäre, kommt nicht in Betracht. — **c)** **RG.** **60** 112. Die Rev. ist zulässig, wenn sie zwar gegen Abweisung der Haupt- und Nebenforderung eingelegt ist und die Nebenforderung (Zinsen) über 1500 M. beträgt, die Zinsen aber nicht von dem den Betrag von 1500 M. nicht erreichenden Teile der Hauptforderung verlangt werden, wegen dessen Abweisung Revision eingelegt ist. — **d)** **RG.** JW. **05** 344. Ist auf Abnahme der Kaufsache und Zahlung des Kaufpreises geklagt und wird dann die Kaufsache infolge Vereinbarung der Parteien versteigert, so ist der an die Stelle der Kaufsache tretende Versteigerungserlös bei Berechnung des Streitwerts nicht von dem Kaufpreise abzuziehen. — **e)** R. **05** 620 (BayObLG.). Für die Frage, ob bezüglich der durch das Urteil des Berufungsgerichts erfolgten Aberkennung einer beanspruchten Grunddienstbarkeit die RevSumme vorhanden ist, ist das Interesse des RevKlägers an dem Bestande der Dienstbarkeit maßgebend. — **f)** SeuffBl. **05** 95 (BayObLG.). Der Anspruch auf ausschließliche Benutzung einer Grabstätte und der daraus hergeleitete Anspruch auf Entfernung einer Leiche aus dieser Grabstätte sind vermögensrechtliche Ansprüche, wenn sich auch mit diesen Ansprüchen und deren Bestreitung auf beiden Seiten Interessen verknüpfen, die außerhalb des Bereichs des Vermögens liegen. Für die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes sind nicht diese Interessen maßgebend, sondern es kommt auf den Vermögenswert der streitigen Ansprüche an. Der Wert des Rechtes auf eine Grabstätte läßt sich nach der Gebühr bestimmen, die für eine solche Grabstätte zu entrichten ist. — **g)** **RG.** JW. **05** 399. Der Nachweis der RevSumme muß den Anträgen zu entnehmen sein.

§ 547. **RG.** **60** 321. Beglaubigungen von Unterschriften auf Rentenquittungen für die Versicherungsanstalten durch preußische Schiedsmänner sind nicht Amtshandlungen derselben. Die Rev. ist daher bei Ansprüchen gegen Schiedsmänner wegen fahrlässiger Beglaubigung nicht zulässig.

§ 549. **a)** **RG.** JW. **05** 399. Die Verletzung einer Rechtsnorm in einem vom RG. bestätigten bedingten Endurteile kann mit der Rev. gegen das Läuterungsurteil nicht mehr gerügt werden. — **b)** **RG.** JW. **05** 88. Die Frage, ob für ein gemeinrechtliches Gebiet ein partikulares Gewohnheitsrecht mit Recht als bestehend angenommen oder verneint worden ist, kann in der RevInst. nur insoweit nachgeprüft werden, als es sich darum handelt, ob etwa die gemeinrechtlichen Grundsätze vom Gewohnheitsrechte verletzt sind. — **c)** **RG.** Gruchots Beitr. **49** 1037. Die im Herzogtume Schleswig rezipierten Bestimmungen des gem. Rechtes sind nicht revisibel, da sie zu einem Bestandteile des in jenem Bezirke herrschenden besonderen Landesrechts geworden sind. — **d)** **RG.** R. **05** 504. Das BayLandrecht ist beim RG. nicht revisibel und zwar auch, soweit es nur Rechtsgrundsätze des gem. Rechtes wiedergibt. Denn die inhaltliche Übereinstimmung eines partikularrechtlichen Satzes mit dem entsprechenden Satze eines umfassenderen Rechtssystems benimmt dem ersteren nicht seine Eigenschaft als Landesrechtssatz. — **e)** R. **05** 621 (BayObLG.). Auf die Verletzung des

für eine Familie des hohen Adels geltenden Hausgesetzes kann die Rev. nicht gestützt werden.

§ 551. **a**) Nr. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 397. Eine unvorschriftsmäßige Besetzung des Senats eines OLG. liegt nicht vor, wenn dem Senat Hilfsrichter als Mitglieder überwiesen sind. — **b**) Nr. 7. **RG.** R. **05** 83. Ein allgemeiner Hinweis auf „den gesamten Inhalt des Schriftwechsels" ist keine Begründung im Sinne der ZPO. Denn er schafft keine sichere Grundlage für die dem RevGericht hinsichtlich des Vorhandenseins einer Gesetzesverletzung obliegende Nachprüfung.

§ 554. 1. *Jeß, R. **05** 453 f., 561. Im Gegensatze zu Fehlern in der Anwendung des Gesetzes auf den für die sachliche Entscheidung in Betracht kommenden Tatbestand sind Gesetzesverletzungen in bezug auf das Verfahren alle Verletzungen prozessualer Vorschriften, insbesondere auch der auf die Prozeßvoraussetzungen sich beziehenden Vorschriften. Bei Nr. 2c handelt es sich, abgesehen von der Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung der dem bürgerlichen Rechte angehörenden Auslegungs- und Beweistlastregeln, nur um eine besondere Art von prozessualen Verstößen. Nach dem Ablaufe der Begründungsfrist können die Revisionsanträge erweitert, die erweiterten Anträge aber auf neue RevGründe nicht gestützt werden; anwendbar ist jedoch § 559 Satz 2. — In betreff der Form der Begründung ist, wenn die Rev. auf einen sachlichen Angriff gestützt wird, nötig, im allgemeinen aber auch genügend, daß die angeblich verletzte Norm bezeichnet wird. Ob sie zutrifft, ist für die Frage der formellen Zulässigkeit der RevBegründung gleichgültig. § 559 Satz 2 ist anwendbar. Nur dann, wenn bei materieller RevRüge zugleich Nr. 2c einschlägt, ist auch die erforderliche Tatsachenbezeichnung vorzunehmen. Soll eine Verletzung des Gesetzes in bezug auf das Verfahren gerügt werden, so muß die angeblich verletzte Norm bezeichnet und außerdem in betreff der Tatsachenbezeichnung der Vorschrift 2b, gegebenenfalls auch der Vorschrift 2c genügt werden. Unrichtige Bezeichnung in der einen oder anderen Richtung ist auch hier für die Frage, ob die gesetzliche Form der RevBegründung beobachtet ist, gleichgültig. § 559 Satz 2 ist anwendbar. Überall wäre nur der Fall bewußter Scheinbegründung auszunehmen.

2. Über Glaubhaftmachung der Revisionssumme s. Scherer, JW. **05** 675.

3. Über den Lauf der Begründungsfrist, falls die Sache in einer unteren Instanz als Feriensache bezeichnet war, s. Friedländer, JW. **05** 567.

4. *E. Müller, DJZ. **05** 719 ff. Nach den Mußvorschriften des § 554 über den Begründungszwang ist bis zum Ablaufe der Begründungsfrist Rev.-Antrag und RevGrund anzugeben. Die Rev. ist deshalb nach § 554a auch dann als unzulässig zu verwerfen, wenn bis zum Ablaufe der Begründungsfrist ein RevAntrag aber kein RevGrund angegeben ist. Hat das Berufungsurteil, gegen das Revision eingelegt ist, über mehrere selbständige Ansprüche gegen den RevKläger entschieden, so ist, um den Mußvorschriften des § 554 zu genügen, bis zum Ablaufe der Begründungsfrist zu jedem der mehreren selbständigen Ansprüche RevAntrag und RevGrund anzugeben. Ist das zu einem der mehreren selbständigen Ansprüche nicht geschehen, so ist in diesem Umfange die Revision als unzulässig zu verwerfen. ⟹ So ist auch durch einen Beschluß des RG. erkannt. ⟸ AM. im letzteren Falle anscheinend Jeß, R. **05** 453 Anm. — Die im § 554 Abs. 6 und § 559 geregelte Präklusion umfaßt alle prozessualen Rügen, sie mögen unter Nr. 2b oder Nr. 2c des § 554 fallen — gegen Scheele, JW. **05** 355 Sp. 2, der aus dem Wortlaute des § 559 ableitet, daß die Präklusion nur die im § 554 Nr. 2b erwähnten Rügen umfasse, — zust. Jeß. — Dagegen kann der RevKläger, wenn den Mußvorschriften des § 554 genügt ist, nachträglich den RevAntrag in dem Rahmen des selbständigen An-

spruchs, auf den er sich bezieht, erweitern. Ferner sind materielle Rügen schlechthin zu berücksichtigen, auch wenn die RevBegründung nur prozessuale Rügen fristgerecht angegeben hat.

5. Über die Einwirkung der ZPONov. v. 5. 6. 05 auf die bayr. Revisionen o. zu §§ 7, 8 EGZPO.

§ 554 a. (Nov.) **RG.** JW. **05** 730. Wird die Revisionssumme nicht glaubhaft gemacht, so ist die Revision als unzulässig zu verwerfen.

§ 561. **a)** **RG.** JW. **05** 399. Die Auslegung eines Vertrags kann mit der Revision nur dann mit Erfolg angegriffen werden, wenn der Berufungsrichter durch Annahme eines unmöglichen Vertragsinhalts oder durch Übergehen wesentlicher Tatsachen und Beweise den § 286 oder durch Verstoß gegen unzweifelhaft anzuwendende zivilrechtliche Auslegungsvorschrift diese verletzt hat. — **b)** R. **05** 435 (BayObLG.). Darauf, daß das Prozeßgericht eine Urkunde unrichtig ausgelegt hat, kann, wenn bei der Auslegung keine Rechtsverletzung erfolgt ist, die Rev. nicht gestützt werden. — **c)** **RG.** R. **05** 21. Ob eine gemäß § 326 BGB. gesetzte Frist als angemessen erscheint, ist nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen und daher im wesentlichen Tatfrage. Die Entscheidung hierüber unterliegt der Nachprüfung des RevGerichts nur mit Beschränkung auf die Frage, ob die InstGerichte bei den auf die Angemessenheit der Frist bezüglichen Erwägungen von richtigen rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen sind. — **d)** R. **05** 227 (BayObLG.). Die Nachholung der bei den Untergerichten nicht vorgebrachten Verjährungseinrede ist in der RevInstanz unzulässig.

§ 562. R. **05** 254 (BayObLG.). Die Entsch. des Berufungsgerichts darüber, ob die Parteien nach dem Rechte des Gebietsteils, in dem sie gewohnt und die streitigen Verträge abgeschlossen haben, der Mitunterzeichnung der Schuldurkunden durch die Ehefrau des Darleihers die Bedeutung der Eingehung eines Gesamtschuldverhältnisses beigelegt haben, ist für das RevGericht bindend, wenn jenes Recht in keinem Teile des Bezirkes des Berufungsgerichts in Geltung gewesen ist.

§ 565. **a)** **RG.** JW. **05** 399. Trotz eines anscheinend eingeschränkten RevAntrags ist das Berufungsurteil in seinem ganzen Umfang aufzuheben, wenn auch der dem RevKläger günstige Teil der Entsch. in Wahrheit nicht seinen Anträgen in der Berufungsinstanz entspricht. — **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1038. Das Berufungsgericht, vor dem nach Aufhebung seines Urteils die Sache von neuem verhandelt wird, ist dadurch, daß es die dem RevUrteil zugrunde gelegte rechtliche Beurteilung auch seiner Entsch. zugrunde legen muß, nicht gehindert, eine neue tatsächliche Feststellung zu treffen, durch welche diese rechtliche Beurteilung beseitigt wird. — **c)** R. **05** 227 (BayObLG.). Abgesehen von der durch Abs. 2 angeordneten Beschränkung ist das BerufGericht in der rechtlichen Beurteilung völlig frei; die in dem aufgehobenen Urteil angenommene Ansicht über eine Rechtsfrage, die außerhalb des Bereichs der aufhebenden Entsch. des RevGerichts liegt, hat mit der Aufhebung des Urteils jede rechtliche Wirkung verloren, ihre Richtigkeit muß erneuter Prüfung unterworfen werden.

§ 566. 1. *Neumiller, BayRpflZ. **05** 313. Durch die RevNovelle ist an der Form der RevZurücknahme und der Verlustigerklärung (§ 515) nichts geändert worden, ebensowenig an der Einspruchsform.

2. Über das Versäumniszwischenurteil vgl. § 513.

Dritter Abschnitt. Beschwerde.

§§ 567 ff. Schierlinger, SeuffBl. **05** 617, erörtert die durch die Nov. v. 5. 6. 05 angeordneten Einschränkungen des BeschwRechts.

§ 567. 1. **a)** RG. SeuffA. **60** 37. Wenn kein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen, vielmehr dem Antrag einer Partei stattgegeben worden ist, so kann der hiernach gesetzlich verschlossene BeschwWeg für die Gegenpartei nicht auf dem Umwege eröffnet werden, daß sie die Aufhebung der stattgebenden Entsch. beantragt und über die Zurückweisung dieses Antrags demnächst Beschw. führt. — **b)** RG. R. **05** 198. Eine in der BeschwInst. getroffene Anordnung des BeschwGerichts, von Amts wegen ein informatorisches Gutachten einzuholen, unterliegt nicht der Beschw.

2. Abs. 2. **a)** RG. GruchotsBeitr. **49** 1041, JW. **05** 295. Wenn über die Sachentscheidung eine Beschw. an das RG. nach §§ 567 Abs. 2, 568 Abs. 3, 4 unzulässig wäre, so ist auch die Beschw. an das RG. über Versagung des Armenrechts, um welches zur Herbeiführung einer anderen Sachentscheidung nachgesucht worden ist, unzulässig. — **b)** RG. JW. **05** 730. Auch gegen einen Beschluß, durch welchen der Wert des Streitgegenstandes festgesetzt wird, ist die Beschw. an das RG. unzulässig.

§ 568. 1. Abs. 2. **a)** R. **05** 255 (Breslau). Ändert das erstinstanzliche Gericht seine ursprüngliche Entscheidung ab und tritt sodann auf die Beschwerde des anderen Teiles das BeschwGericht dieser Abänderung bei, so liegt der Fall des Abs. 2 vor. — **b)** SeuffA. **60** 244 (Bamberg). Bei der Frage der Zulässigkeit der weiteren Beschw. kommt es nur auf den übereinstimmenden oder nicht übereinstimmenden Inhalt der Entscheidungen an; ob die Gründe übereinstimmen oder nicht, ist bedeutungslos. Auch bei inhaltlich übereinstimmenden Entscheidungen findet eine weitere Beschw. dann statt, wenn die Entsch. des BeschwGerichts auf einer Verletzung des Verfahrens beruht, z. B. wenn die Prüfung neu vorgebrachter Tatsachen und Beweismittel (§ 570) abgelehnt wurde. Dies greift aber nicht Platz, wenn es sich um ein Beweisangebot nach § 3 ZPO. handelt, weil das Gericht den Wert des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen festsetzt.

2. Abs. 3, 4. Vgl. o. § 567 Ziff. 2.

3. Abs. 4. RG. JW. **05** 741. Die Vorschrift des Abs. 4 ist auch anzuwenden auf eine gemäß § 571 erlassene Entscheidung eines OLG., wodurch einer weiteren Beschw. gegen einen in der BeschwInstanz erlassenen Beschluß desselben OLG. ganz oder teilweise abgeholfen wird.

§ 569. 1. RG. JW. **05** 52, SeuffA. **60** 299. Die Überreichung der BeschwSchrift, die an einen Subalternbeamten der Behörde, auch wenn dieser nicht als Gerichtsschreiber funktioniert, außerhalb der Amtsräume geschieht, kann als Einlegung der Beschw. bei dem Gerichte nicht betrachtet werden. Unerheblich ist, ob der Beamte irrig die Wirksamkeit der Handlung angenommen und der Vertreter der Partei diesen Irrtum geteilt hat.

2. Abs. 2. *Koppmann, JustdRundsch. **04** 170 f. Ein Rechtsmittel kann nicht nur auf telegraphischem, sondern auch auf telephonischem Wege eingelegt werden, und zwar hat dieselbe zu dem zuständigen Gerichtsschreiber zu erfolgen. § 355 StPO. erfordert nicht ein persönliches Erscheinen vor dem Gerichtsschreiber, sondern es ist einzig und allein der Wille des Rechtsmitteleinlegenden maßgebend, der zu Protokoll zu nehmen und vom Gerichtsschreiber, welcher in seiner Eigenschaft als Amtsperson für die richtige Niederschrift haftet, zu unterzeichnen ist. AM. LG. Aschaffenburg 1. 8. 04.

§ 571. RheinA. **102** I 42 (Köln). Auch bei einer unzulässigen Beschw. kann das Gericht die Entsch., gegen welche sich die Beschw. richtet, von Amts wegen abändern.

§ 574. 1. *Neumiller, BayRflZ. **05** 312. BeschwVerwerfung durch das OLG. bindet das RG.

2. H. Meyer, R. 05 561 f Nur wenn binnen einer Woche der Beschw.-Führer die Entsch. des RG. nachsucht, hat das OLG. die Akten dem RG. zu übersenden. — Die Wahrung der Notfrist ist als eine Bedingung für die Akteneinsendung hingestellt. Nicht das RG., sondern das OLG. hat zu prüfen, ob die Notfrist gewahrt ist.

3. Abs. 2. a) RG. DNotV. 05 665, JW. 05 538. Die Einlegung der Beschw. darf nicht in der Form erfolgen, daß der Gerichtsschreiber sich darauf beschränkt, eine privatschriftliche Beschw. entgegenzunehmen und auf deren Inhalt im Protokolle zu verweisen. Denn die Vorschrift des Abs. 2 soll dazu dienen, weitläufige, umständliche und mutwillige Beschw. zu vermeiden, und dieser Zweck wird durch ein Verfahren obiger Art vereitelt. — b) RG. JW. 05 538. Wird die Beschw. zu Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt, so muß der Gerichtsschreiber den Inhalt der vor ihm erklärten BeschwBegründung in selbständiger Darstellung niederschreiben; er darf sich nicht darauf beschränken, eine privatschriftliche Beschw. entgegenzunehmen und auf deren Inhalt im Protokolle zu verweisen. — c) Raddatz, PosMSchr. 05 146. Das OLG. muß zuerst prüfen, ob der Beschw. abzuhelfen ist, und erst im Falle der Verneinung dieser Frage darf es an die Entsch. über die Zulässigkeit herantreten. — Vgl. § 45 GKG.

Viertes Buch. Wiederaufnahme des Verfahrens.

Vorbemerkung: Die Ausbeute des Berichtsjahrs ist gering. Wichtigere Entscheidungen sind die bei § 580 mitgeteilten des RG.

§ 579. a) OLG. 11 71 (Frankfurt). Ein Urteil, das in Unkenntnis der durch Konkurs herbeigeführten Unterbrechung erlassen ist, kann nicht nur im Wege der Nichtigkeitsklage angefochten werden, es kann vielmehr trotz des ergangenen Urteils das Verfahren nach § 250 ZPO. aufgenommen werden. — b) PosMSchr. 05 100 (Posen). Der § 579 findet auf Zuschlagsentscheidungen in der Zwangsversteigerung (§§ 96 ff. ZVG.) Anwendung.

§ 580. 1. Ziff. 2. KGBl. 05 18 (KG.). Nur eine bei Erlaß des Urteils bereits vorhandene und früher lediglich unbenutzt gebliebene Urkunde, nicht aber eine erst später, nach Beendigung des Vorprozesses entstandene Urkunde kann als Restitutionsgrund in Betracht kommen.

2. Ziff. 4. RG. JW. 05 234. Eine Täuschung des Richters im Zivilprozeß ist nur möglich, wenn die wissentlich Falsches behauptende Partei ihrem unwahren Vorbringen durch Beweismittel den Anschein der Wahrheit gibt und der Richter bei Prüfung dieses Beweismaterials zu der Überzeugung gelangt, das unwahre Vorbringen sei wahr.

3. Ziff. 7b. a) RG. 59 413, JW. 05 154. Die Restitutionsklage wegen neu aufgefundener Urkunden kann weder auf eine angeblich neu aufgefundene Patentschrift noch auf die Behauptung gestützt werden, daß eine Gebrauchsmusteranmeldung nachträglich aufgefunden worden sei. — b) RheinA. 101 I 43 (Köln). Auf Ziff. 7b kann die Restitution nicht gestützt werden, wenn die Partei freiwillig auf die Benutzung der Urkunde verzichtet hatte.

§ 581. SächsOLG. 26 360. Die Unzulässigkeit der Wiederaufnahme eines durch Freisprechung beendigten Strafverfahrens (§§ 402 ff. StPO.) steht der Unmöglichkeit der Durchführung eines solchen im Sinne des § 581 Abs. 1 nicht gleich.

§ 588. ElsLothZ. 05 374 (Colmar). Die Vorschriften im § 588 haben nur instruktionelle Bedeutung.

Fünftes Buch. Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 592. **RG.** JW. **05** 344. Im Urkundenprozeß bedürfen Tatsachen, die vom Beklagten zugestanden sind oder die in Anwendung des § 138 für zugestanden erachtet werden, nicht erst eines Beweises durch Urkunden.

§ 597. HansGZ. **05** Hptbl. 236 (Hamburg). Ist die Wechselunterschrift durch einen Bevollmächtigten abgegeben, so muß der Beweis der Ermächtigung durch Urkunden geführt werden.

§ 600. OLG. **11** 91, SeuffA. **61** 39 (Hamburg). Die im Urkundenprozeß unterbliebene Erklärung auf eine Eideszuschiebung wirkt nicht als Eidesverweigerung für das Nachverfahren.

§ 605. OLG. **10** 362 (Frankf.). Abs. 2 kann die Aufnahme eines Protestes unter Umständen als überflüssig erscheinen lassen. Die Bescheinigung einer Privatperson, besonders eines mit der Präsentation beauftragten Kassenboten, über die Erfolglosigkeit der Präsentation wird in der Regel zur Glaubhaftmachung vollständig ausreichen. Der Zweck des § 605 würde größtenteils verfehlt werden, wenn man trotz seiner erleichternden Beweisvorschrift den Wechselschuldner unter allen Umständen für die Protestkosten haften ließe.

Sechstes Buch. Ehesachen, Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen.

Vorbemerkung: Der vom RG. aufgestellte Grundsatz, daß in Ehesachen der gesamte auf den Bestand der Ehe bezügliche Streitstoff durch ein Urteil erledigt werden muß, ist in mehreren interessanten Erkenntnissen zur Anwendung gelangt. Auch in der Literatur wird der Standpunkt des RG. gebilligt. Zu erwähnen ist die Erörterung von Eichhorn über die einstweiligen Verfügungen in Ehesachen.

§ 609. Stranz, DJZ. **05** 534, wendet sich gegen die Verordnung des bayer. Justizministers, wonach der Vorstand des AG. bei Anberaumung eines Sühnetermins das zuständige Pfarramt benachrichtigen soll, wenn die Ehegatten oder einer von ihnen dem katholischen oder dem protestantischen Glaubensbekenntnis angehören.

§§ 614—616. 1. **RG.** DJZ. **05** 73 ff., BayRpflZ. **05** 82, HansGZ. **05** Beibl. 161, ZKirchR. **15** 174 vgl. bereits JDR. **3** §§ 614—616 IIc Ziff. 1 und 3.

2. **RG.** **59** 411, JW. **05** 145, DJZ. **05** 313. Während ein Scheidungs- oder Anfechtungsprozeß rechtshängig ist, kann ein zweiter Scheidungs- oder Anfechtungsprozeß nicht anhängig gemacht werden. In einem Rechtsstreite, der mit einem Scheidungsantrage eröffnet wird, sind etwaige Anfechtungsgründe und umgekehrt vorzubringen (vgl. JDR. **3** §§ 614—616 IIa).

3. **RG.** JW. **05** 397, BayRpflZ. **05** 323. Anfechtungs- und Scheidungsklage des einen Ehegatten müssen mit der Widerklage des anderen auf Scheidung durch ein Urteil erledigt werden. Unzulässig ist der Erlaß eines Teilurteils in erster Instanz, durch das die vom Kläger erhobene Anfechtungsklage und die von der Beklagten erhobene Widerklage abgewiesen und der Erlaß einer Entscheidung auf die mit der Anfechtungsklage gemäß § 615 verbundene Scheidungsklage des Klägers vorbehalten wird.

4. **RG.** JW. **05** 693, PucheltsZ. **05** 655. Rechtsgrundsätzlich kann es nicht als unstatthaft bezeichnet werden, mit der an erster Stelle erhobenen Scheidungsklage eventuell, d. h. für den Fall der Abweisung der Scheidungsklage, die Herstellungsklage zu verbinden (vgl. JDR. **3** §§ 614—616 Ia).

5. **RG. 59** 409, GruchotsBeitr. **49** 104, JW. **05** 150, SeuffA. **60** 379. In Scheidungsprozessen ist eine eventuelle Widerklage auf Scheidung und Schuldigerklärung des anderen Teiles zulässig.

6. OLG. **11** 291 (Hamburg). Es ist statthaft, nachträglich mit einer Klage eine andere in der Berufungsinstanz zu verbinden, soweit § 615 dies zuläßt, oder innerhalb dieser Grenzen von einer Eheklage zu einer anderen überzugehen.

7. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 962, JW. **05** 154, PosMSchr. **05** 27, SeuffA. **60** 472, R. **05** 137. Der beklagte Ehegatte, dessen Widerklage auf Ehescheidung abgewiesen ist, kann das Scheidungsurteil insoweit, als es nur ihn für den schuldigen Teil erklärt, mit der Berufung anfechten, ohne zugleich wegen Abweisung der Widerklage Berufung einzulegen. Durch die Einlegung der auf die Schuldfrage beschränkten Berufung wird die Rechtskraft des Scheidungsurteils gehindert (vgl. dagegen JDR. 3 Anhang nach § 629 Ziff. 5).

§ 616. **RG.** JW. **05** 375, R. **05** 316. Die Voraussetzung, daß der auf Scheidung klagende Ehegatte die den Scheidungsgrund bildende Tatsache in einem früheren Rechtsstreit geltend gemacht hat, liegt nicht erst dann vor, wenn er sie zur Begründung der Ehescheidungsklage, sondern auch schon dann, wenn er sie als Einrede vorgebracht hat. Der an sich richtige Satz, daß eine die Scheidungsklage begründende Tatsache nur dann bei Vermeidung ihres Ausschlusses geltend gemacht werden muß, wenn die klagberechtigte Partei in der Lage ist, die Tatsache durch Angabe von Beweismitteln als richtig darzutun (vgl. **RG. 35** 353, **43** 424), ist nicht so zu verstehen, daß die Partei des Beweises völlig sicher sein muß, sondern nur so, daß beweislose, in der Luft schwebende Tatsachen nicht geltend gemacht werden müssen, um deren Ausschluß zu vermeiden.

§ 617. **a) RG. 59** 346. In Ehesachen kann der Prozeßbevollmächtigte einer Partei namens dieser auch ohne besonderen Auftrag wirksam auf das Rechtsmittel der Berufung verzichten. — **b) RG.** JW. **05** 114. Eine zur Abwehr der Scheidungsklage oder eine nur zur Begründung des Antrags auf Schuldigerklärung vorgebrachte Tatsache fällt nicht unter die Bestimmung des Abs. 2. Die Anwendung dieses Gesetzes setzt voraus, daß die Tatsache an sich geeignet ist, die Scheidung oder Anfechtung der Ehe oder die Verweigerung des ehelichen Lebens zu begründen und daß sie auch zur Begründung eines solchen Anspruchs von der Partei verwendet wird.

§ 618. 1. Neumiller, R. **05** 92. Die Unzulässigkeit in Ehescheidungsprozessen bei Klage und Widerklage ein Teilurteil über die Klage oder die Widerklage zu erlassen, gilt auch für Versäumnisteilurteile. Es muß daher über die Klage der nicht erschienenen Partei kontradiktorisch entschieden werden. — Der Abs. 6 des § 618 hat hiernach nur für den Fall Bedeutung, daß der Kläger seine Klage zurückgezogen hat, so daß das Versäumnisurteil über die Widerklage den ganzen Streitstoff ergreift.

2. Abs. 5. OLG. **11** 91, PuceltsZ. **05** 369, R. **05** 371 (Colmar). Die Vorschrift schließt nur gegen den Beklagten, also gegen denjenigen den Erlaß des Versäumnisurteils aus, gegen den die Scheidung beantragt wird. In der Berufungsinstanz ist Abs. 5 nur anwendbar, wenn der Beklagte zugleich Berufungsbeklagter ist; er ist aber nicht anwendbar, wenn der Beklagte Berufungskläger ist und sich nicht vertreten läßt oder wenn der obsiegende Ehescheidungskläger Berufungskläger ist und nicht auftritt (vgl. JDR. 1 § 618 Ziff. 2).

§ 619. 1. Senkpiehl, DJZ. **05** 854 ff. Der § 619 hat die Bedeutung einer Beweismaßregel. — Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei zum Zwecke ihrer Vernehmung nach § 619 auch dann anordnen, wenn diese Partei in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten ist.

2. Strauß, JustdRundsch. 05 37. Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei nur zu dem bestimmten Termin, nicht zu allen künftigen Terminen anordnen.

3. OLG. 11 92 (KG.). Das Gericht ist in Ehesachen nicht in der Lage, den zwar persönlich erschienenen, aber nicht durch einen Anwalt vertretenen Beklagten über gegnerische Behauptungen zu befragen, von ihm verbindliche Erklärungen entgegenzunehmen oder überhaupt von seiner Anwesenheit Notiz zu nehmen. Es hat auch nicht die Befugnis, das persönliche Erscheinen einer solchen (unvertretenen) Partei anzuordnen. Denn der Abs. 1 enthält nur dieselbe Bestimmung wie § 141, setzt also wie dieser voraus, daß eine mündliche Verhandlung, in der beide Parteien vertreten sind, stattfindet.

§ 620. 1. *Wetzel, Die Verweigerung d. ehelich. Gemeinschaft 46 ff., ABürgR. 26 97 ff. Die Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß beide Gatten ohne Verlust ihres Scheidungsrechts getrennt leben können, aber durch die Aussetzung allein kein Recht darauf haben, vielmehr im Unterhaltsprozeß ein Recht zum Getrenntleben anderweit beweisen müssen.

2. OLG. 11 94 (Celle). Unter Umständen kann trotz Aussetzung des Ehescheidungsprozesses die Gestattung des Getrenntlebens ausgesprochen werden, um den Parteien Gelegenheit zu geben, zu ruhiger Selbsterkenntnis zu kommen.

3. OLG. 11 93, SchlHolstAnz. 05 316 (KG.). Im Scheidungsprozeß darf nicht nur über die Klage das Verfahren ausgesetzt und über die Widerklage verhandelt werden. (AA. Erler, Ehescheidungsrecht 225); vgl. auch JDR. 1 § 620 Ziff. 7.

§ 624. WürttZ. 17 41 (Stuttgart). Wenn die Klage auf mehrere Ehebrüche des Beklagten gestützt ist, so braucht nach Festsetzung eines Ehebruchs auf die übrigen Fälle nicht eingegangen zu werden.

§ 625. 1. BayRpflZ. 05 84 (BayObLG.). Eine Zustellung des Urteils im Parteibetriebe ist in den Fällen des § 625 schlechthin unwirksam, also auch für den Beginn des Laufes einer Berufungsfrist ohne Belang. Dies gilt auch dann, wenn die Berufung nur den Ausspruch des ersten Richters über die Schuldfrage betrifft (vgl. RG. 32 417 und 40 357).

2. RG. GruchotsBeitr. 49 1052, JW. 05 234 übereinstimmend mit JDR. 3 § 625 II Ziff. 1.

3. R. 05 649 (Colmar). Ein auf die Widerklage die Scheidung aussprechendes Urteil ist auch dann von Amts wegen zuzustellen, wenn durch dasselbe Urteil auf die Hauptklage der Scheidungsantrag des Gegners abgewiesen, also eine Entscheidung getroffen worden ist, welche an sich auf Parteibetreiben zuzustellen sein würde.

§ 627. I. Allgemeines. *Eichhorn, R. 05 30 ff. Die in Ehestreitigkeiten zu erlassenden einstweiligen Verfügungen haben sich zu einer wahren crux für die Gerichte ausgebildet, ohne immer dem Publikum selbst die erhofften Vorteile zu verschaffen. Besonders die eidesstattlichen Versicherungen, die hier zur Glaubhaftmachung produziert werden, haben schon vielfach Anstoß erregt, da sie sich gewöhnlich unlösbar widersprechen und durch die Art, wie sie zustande gekommen sind, zu tiefstem Mißtrauen herausfordern. Dies tritt namentlich hervor bei den Verfügungen, die den Unterhalt der Ehefrau oder das Verbleiben der Kinder betreffen. Hier kämpfen die einst so liebevollen Parteien in erbittertster Weise mit oft recht bedenklichen Waffen und scheuen sich nicht, ihren Zeugen unwahre Aussagen in die Feder zu diktieren oder die Zeugen des Gegners zu einer Erklärung ganz entgegengesetzten Inhalts und zum Widerrufe der früheren zu veranlassen. Welche Schwierigkeiten hierbei den streitenden Eheleuten erwachsen, bis sie die einstweilige Verfügung, die ihnen auch nur das Ge-

trenntsein gestattet, erlangen, und welche Qual ihnen die Wartezeit bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung verursacht, ist näher dargelegt. Verf. knüpft daran einige Vorschläge wegen Verbesserung des Prozeßganges, gibt aber selbst zu, daß daran wohl noch lange nicht zu denken ist.

II. Anwendungsgebiet und Verhältnis zu §§ 936—940. 1. *Wetzel a. a. O. 39, ABürgR. **26** 88. Die einstweilige Verfügung nach § 627 ist nicht bloß unter den Voraussetzungen des § 940 zulässig (mit Literaturangabe), vgl. JDR. **1** Ziff. 1, **3** V.

2. RG. GruchotsBeitr. **49** 1074, JW. **05** 179, ElsLothZ. **05** 345. In Ehesachen sind einstweilige Verfügungen — insbesondere auf Zahlung einer Unterhaltsrente — auch außerhalb der im § 627 erwähnten Fälle zulässig.

3. RG. JW. **05** 645. Während nach § 627 in Prozessen wegen Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe Anordnungen darüber, wie es die Eltern während der Dauer des Rechtsstreits untereinander mit dem Unterhalte der Kinder zu halten haben, schon kraft Gesetzes zu den Maßnahmen gehören, auf die sich die Regelung des Zwischenzustandes sachlich erstrecken darf, stellt die allgemeine Vorschrift des § 940 für Rechtsstreitigkeiten anderer Art an erster Stelle das Erfordernis auf, daß nach der besonderen Beschaffenheit des einzelnen Falles die zu erlassende Anordnung sich gerade auf das in der Hauptsache streitige Rechtsverhältnis beziehen muß, so daß weiter abliegende Maßnahmen nur dann in Betracht kommen können, wenn ohne sie der Zweck, unter den Parteien hinsichtlich des Hauptstreits ein geordnetes und ruhiges äußeres Verhältnis vorläufig herzustellen, sich nicht erreichen läßt.

4. R. **05** 83 (Braunschw.). Die Anwendung der im Abs. 1 genannten Maßregeln durch einstweilige Verfügung setzt voraus, daß der Rechtsstreit die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zum Gegenstande habe. Ist die Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens gerichtet, so ist für interimistische Anordnungen der fraglichen Art nicht der § 627, sondern nur § 940 maßgebend. Jedoch kann in dem auf Herstellung des ehelichen Lebens gerichteten Prozesse nicht eine einstweilige Verfügung erlassen werden, welche die Regelung der Fürsorge für die Kinder zum Gegenstande hat; denn diese Regelung hat keinen Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis.

5. BadRpr. **05** 310 (Karlsruhe). Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist in der Berufungsinstanz das über die Ehescheidung urteilende Berufungsgericht zuständig.

III. Gestattung des Getrenntlebens. RheinA. **101** I 32 (Köln). Ist das Getrenntleben gestattet, so kann der Mann verlangen, daß die Frau die eheliche Wohnung verläßt.

IV. Sorge für die Kinder (JDR. **1** Ziff. 4, **3** II B). 1. RG. PosMSchr. **05** 66. Für die im Wege der einstweiligen Verfügung zu erlassende Anordnung wegen der Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen minderjährigen Kindes sind die Vorschriften des § 940 maßgebend. Die Rücksicht auf die gedeihliche Entwicklung des Kindes kann zu den „anderen Gründen" des § 940 gehören.

2. R. **05** 649 (Jena). Die Frage nach der Übertragung der Sorge für die Person der gemeinschaftlichen minderjährigen Kinder in Gemäßheit von § 627 wird sich hauptsächlich danach zu beantworten haben, bei welchem der beiden Elternteile die Kinder am besten aufgehoben sein werden, ohne Rücksicht darauf, welchem der beiden Elternteile das größere Verschulden an den eingetretenen Ehestreitigkeiten zur Last fällt.

3. HansGZ. **05** Beibl. 143 (Hamburg). Die im Scheidungsprozesse befindliche Frau kann ihrem Manne das bei ihr befindliche Kind nicht bloß dann vor-

enthalten, wenn das Gericht im Scheidungsstreit eine hierauf bezügliche einstweilige Verfügung erläßt oder wenn die Vormundschaftsbehörde nach § 1666 BGB. die Anordnung trifft, daß das Kind bei der Mutter verbleibt. Vielmehr kann die mit dem Manne gemeinschaftlich die Elterngewalt ausübende Frau auch geltend machen, daß die vom Manne klagend verlangte Auslieferung des Kindes mit Rücksicht auf dessen Alter oder zarte Konstitution sich als ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt darstelle.

4. HansGZ. **05** Beibl. 52 (Hamburg). Über das Recht des Vaters oder seines Bevollmächtigten auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde hat nicht das Prozeßgericht des Scheidungsstreits, sondern der Vormundschaftsrichter zu entscheiden.

Zweiter Abschnitt. Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben.

§ 644. BadRpr. **05** 74 (Karlsruhe). Durch § 644 ist dem Rechtsstreite, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande hat, der Charakter von Klagen, „welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben", nur hinsichtlich der Anwendung der §§ 640—643, nicht auch im Sinne des § 704 Abs. 2 ZPO. entzogen.

Dritter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen.

Vorbemerkung: Hingewiesen sei auf die bei § 671 mitgeteilte RGEntscheidung über die Vernehmung des Entmündigten im Anfechtungsprozesse.

§ 645. MecklZ. **23** 239 (Rostock). Die Anträge auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit (Geistesschwäche) und wegen Verschwendung können nicht miteinander verbunden werden.

§ 650. 1. ThürBl. **52** 96 (Jena). Die Überweisung der Verhandlung und Entscheidung an das Amtsgericht des Aufenthaltsorts des zu Entmündigenden mit Rücksicht auf dessen Verhältnisse ist dann nicht erforderlich, wenn die Vernehmung durch den entscheidenden Richter keine wesentlich erhöhte Bedeutung für die Entmündigung gegenüber der Vernehmung durch den ersuchten Richter haben wird (vgl. JDR. **1** Ziff. 2, 3).

2. R. **05** 316 (Colmar). Der Umstand, daß der zu Entmündigende in einer Irrenanstalt untergebracht ist, rechtfertigt für sich allein noch nicht die Überweisung der Verhandlung und Entscheidung einer Entmündigungssache an dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk die Irrenanstalt gelegen ist.

§ 654. Vgl. u. § 671.

§ 656. *Rosenmeyer, GerS. **63** 57. Für den Fall, daß sich der zu Entmündigende weigert, ist Gewalt anwendbar. Das Entmündigungsverfahren kennt allein im Zivilprozeß eine Pflicht zur Duldung körperlicher Untersuchung.

§ 658. LG. Köln, RheinARV. **04** 160, JustdRundsch. **05** 247. Die Antragsteller haben im Entmündigungsverfahren, von dem Falle des § 658 Abs. 2 abgesehen, auch dann keine Kosten zu tragen, wenn sie den Antrag zurückziehen; sie können vielmehr auch in diesem Falle ihre außergerichtlichen Kosten von der Staatskasse ersetzt verlangen.

§ 671. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 611, JW. **05** 53, SeuffA. **60** 300, R. **05** 46. Unter der Vernehmung des Entmündigten (§ 654) hat man nicht eine von diesem in seiner Eigenschaft als Anfechtungskläger übernommene eigene Begründung der gestellten Sachanträge zu verstehen, wobei es dem Kläger freistände, seine Erklärungen nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie es der Wahrnehmung seiner Parteirechte entspricht, sondern es kommt darauf an, nach richter=

lichem Ermessen durch eine Befragung des Entmündigten Anhaltspunkte für eine auf richterlicher Anschauung beruhende Beurteilung seines Geisteszustandes zu gewinnen. Und damit diesem Zwecke entsprechend die auf dem Gebiete des Irrenwesens gesammelten Erfahrungen hierbei eine geeignete Verwendung finden, hat sich das Gericht der Beihilfe Sachverständiger zu bedienen, deren Aufgabe insoweit nicht darin besteht, den Geisteszustand des Entmündigten zu begutachten, sondern ihn dem Richter unmittelbar erkennbar werden zu lassen. Das Gesetzesgebot, daß in dieser Weise verfahren werde, ist ein zwingendes (vgl. JDR. 3 § 671 Ziff. 1).

§ 684. **RG.** JW. **05** 166, SeuffA. **60** 257. Eine Erörterung darüber, ob der Vermögensverfall eines wegen Verschwendung Entmündigten auf seine geistige oder körperliche Gebrechlichkeit zurückzuführen ist, darf nicht aus dem Grunde unterbleiben, weil dieser Umstand vom Anfechtungskläger nicht besonders geltend gemacht ist (§§ 670, 622 ZPO.).

§ 686. **RG.** JW. **05** 87, PosMSchr. **05** 32. In dem Verfahren auf Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Verschwendung läßt sich der Nachweis, daß der Kläger gegenwärtig nicht mehr den Hang hat, sein Vermögen sinnlos zu vergeuden, der Natur der Sache nach nicht durch bestimmte einzelne Vorgänge führen. Er beruht vielmehr auf einer zusammenfassenden Würdigung der ganzen Lebensführung des Klägers. Ein Beweisantritt durch Zeugenbenennung dahin, daß der Kläger jetzt ein ordentlicher, arbeitsamer, wirtschaftlicher und mäßiger Mensch, der mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln haushälterisch umgehe, hat keineswegs ein bloßes Urteil zum Gegenstande, bleibt vielmehr seinem Wesen nach tatsächlicher Natur.

Siebentes Buch. Mahnverfahren.

Vorbemerkung: Beachtung verdient die vom Sächs. Justizministerium gegebene Anregung (§ 691).

§§ 688 ff. Wirkung der Zurücknahme eines Zahlungsbefehls nach erfolgtem Widerspruche. — **a)** Rosenstock, R. **05** 161 ff. Handelt es sich um die Zuständigkeit des AG., so muß der den Zahlungsbefehl zurücknehmende Gläubiger, da die Klage durch die Zustellung des Zahlungsbefehls als „erhoben" gilt (§ 696), ebenso angesehen werden, wie der Kläger, welcher vor Eintritt in die mündliche Verhandlung die Klage zurücknimmt. § 271 ZPO. ist analog anzuwenden. Ist das LG. zuständig, so kann nach Zurücknahme des Zahlungsbefehls § 697 nicht mehr in Frage kommen. Für den Schuldner, der vor Rücknahme des Gesuchs rechtzeitig Widerspruch erhoben hat, bleibt nur der Weg, wegen der ihm durch das Mahnverfahren verursachten Kosten eine besondere Klage aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes bei dem hierfür zuständigen Gerichte anzustrengen. — **b)** Nach Schönfeld, R. **05** 221, dagegen braucht der Schuldner auch im Falle der Zuständigkeit des LG. keine besondere Klage zu erheben. Er kann vielmehr in diesem Falle den Gläubiger zwecks Ausspruchs über dessen Verpflichtung zur Kostentragung vor das LG. laden. — **c)** Nach Schlier, R. **05** 221, hat in dem zu b erwähnten Falle eine Ladung vor das AG. zu erfolgen.

§ 691. 1. SächsJustMin., SeuffBl. **05** 3, empfiehlt, den Antragsteller bei nicht ausreichender Individualisierung und Substanziierung des geltend gemachten Anspruchs nicht sofort zurückzuweisen und hierdurch mit den Kosten der Zurückweisung zu belasten, sondern ihm zunächst Gelegenheit zur Beseitigung des Mangels zu geben.

2. Pignol, HirthsAnn. **05** 473. Die herrschende Praxis, Anträge auf Erlaß eines Zahlungsbefehls, falls sie an ein unzuständiges Gericht gerichtet

sind, ohne vorherige Verständigung des Gläubigers an das zuständige Gericht abzugeben, gefährdet die Interessen des Gläubigers. Der Antrag ist vielmehr dem Gläubiger mit kurzem Vermerke (§ 139 ZPO.) zurückzusenden.

§ 696. SächsOLG. **26** 169. Durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten in der Zeit zwischen Zustellung des Zahlungsbefehls und der Klage wird das Verfahren auch im Landgerichtsprozeß unterbrochen.

§ 697. 1. PosMSchr. **05** 72 (Marienwerder). Ist ein ausschließlicher Gerichtsstand vereinbart, der Zahlungsbefehl aber bei einem anderen Gericht erwirkt, so muß, wenn Widerspruch erhoben wird, die Klage bei jenem ausschließlich zuständigen Gericht erhoben werden.

2. LG. Landsberg, KGBl. **05** 61. Die Kosten des Mahnverfahrens sind auch dann als ein Teil der Kosten des Rechtsstreits anzusehen, wenn demnächst die Klage im Wechselprozesse vor dem Landgericht erhoben wird.

§ 699. LG. Düsseldorf, RheinARB. **05** 65, NaumburgAK. **05** 92. Das AG. hat vor Erlaß des Vollstreckungsbefehls seine Zuständigkeit zu prüfen nicht mehr nötig.

§ 700. 1. OLG. **11** 107 (Dresden). Im Verhältnisse der Parteien zueinander kann die materielle Rechtswirkung, die dem rechtskräftigen Vollstreckungsbefehle zukommt, durch Vereinbarung der Parteien, wie nachträglich, so auch im voraus, beseitigt werden. Der Geltendmachung eines solchen Vertrags steht § 796 ZPO. deshalb nicht entgegen, weil der Vertrag mit der Erlassung des Vollstreckungsbefehls erst wirksam wird.

2. LG. Halle, NaumburgAK. **05** 11, JustdRundsch. **05** 169. Die auf Grund eines Vollstreckungsbefehls ergangenen Pfändungsmaßnahmen werden nicht ohne weiteres dadurch hinfällig, daß der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl für zulässig erklärt wird.

3. LG. Gießen, HessRspr. **05** 91. Hat der Gläubiger den erwirkten Vollstreckungsbefehl verloren, so kann er wegen derselben Forderung Klage erheben (vgl. JDR. **1** § 699).

Achtes Buch. Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen.

Zu §§ 704 ff. I. *Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. a) Das Vollstreckungsrecht ist ein publizistisches Besitzrecht, nicht — wie die gM. annimmt — ein (publizistisches) Forderungsrecht. Allerdings kann der Berechtigte kraft seines Vollstreckungsrechts verlangen, daß die staatlichen Organe für ihn tätig werden. Das ist aber nicht, was dem Rechte sein Wesen aufdrückt. Es ist mehr eine sekundäre Folgeerscheinung. Es ist eine Folge davon, daß im modernen Staate die Selbsthilfe ausgeschlossen ist und daher auch in Fällen, wo einem Bürger eine öffentlich-rechtliche Macht gegenüber seinem Mitbürger zusteht, er diese Macht nur ausüben kann durch Vermittelung staatlicher Organe. Aus der Anerkennung des öffentlichen Rechtes des Berechtigten entspringt für den Staat die Pflicht, ihm bei seiner Durchführung beizustehen. Was das Wesen des Vollstreckungsrechts ausmacht, ist aber die öffentlich-rechtliche Macht des Berechtigten, die Macht, die in zweifacher Weise in Erscheinung tritt. Sie bewirkt einmal, daß die staatlichen Organe, die der Berechtigte beauftragt (z. B. die Gerichtsvollzieher), die *Fähigkeit* haben, ein Recht zu erzeugen (Pfändungspfandrecht), das sie ohne diese Macht nicht erzeugen können; sie bewirkt weiter, daß der Eingriff in die Vermögenssphäre (z. B. Pfändung) der Bürger seitens gewisser Beamten (Gerichtsvollzieher) sich nicht als eine widerrechtliche Handlung darstellt (371). — b) Der Gebrauch eines bestehenden Vollstreckungsrechts kann als Ausübung eines Rechtes wohl eine gegen die guten

Sitten verstoßende (§ 826 BGB.), niemals aber eine objektiv widerrechtliche Handlung sein; das gilt auch dann, wenn die Forderung, um derentwillen das Vollstreckungsrecht verliehen ist, nicht besteht (376). § 717 Abs. 2 ZPO. steht dieser Auffassung nicht entgegen (378). — Allerdings hat nach durchgeführtem Wiederaufnahmeverfahren der Kläger, auf dessen Meineid das erste Urteil beruhte, dem Beklagten den durch die Vollstreckung herbeigeführten Schaden zu ersetzen, und zwar haftet er dem Beklagten nach § 823 BGB. Die „unerlaubte Handlung" ist aber nicht die Zwangsvollstreckung, sondern der Meineid. Eine nicht objektiv widerrechtliche Handlung (Zwangsvollstreckung) hatte hier eben zur Folge, daß eine vorher begangene unerlaubte Tat einen schädigenden Erfolg herbeiführte (385 ff.). — Über die abweichende Auffassung Hellwigs vgl. 351 ff.

II. O. Fischer, Vollstreckbarkeit (in der Festgabe für Felix Dahn) 40 ff., prüft in eingehender rechtshistorischer und exegetischer Erörterung den Begriff der Vollstreckbarkeit im Sinne der ZPO. und gelangt zu folgendem Ergebnisse: Die ZPO. hat keinen doppelten Begriff der Vollstreckbarkeit, einen engeren und einen weiteren (vgl. Gaupp-Stein (4) Anm. III vor § 704, dort auch weitere Literatur), sondern nur den einen und engen, der mit der Geeignetheit zur Zwangsvollstreckung im engeren und eigentlichen Sinne identisch ist (98). Nur im einzelnen sind die Wirkungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit über den Rahmen der ZwV. hinaus erweitert, auch Vollstreckungsklausel und Vollstreckungsurteil auf Fälle erstreckt, in denen es sich nicht um ZwV. handelt. Über die Einzelheiten des Ergebnisses der Untersuchung 88 ff. u. unten zu den einzelnen Paragraphen.

§ 704. Abs. 2. BadRpr. **05** 74 (Karlsruhe). Abs. 2 findet auch Anwendung auf Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft zum Gegenstande haben. § 644 steht dem nicht entgegen.

§ 706. **RG.** JW. **05** 400, R. **05** 683. Wenn man auch in Fällen, wo die Unzulässigkeit des Rechtsmittels offenbar ist, das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Gerichtsschreibers vor Erteilung des Rechtskraftzeugnisses mit Seuffert (8) Anm. 3 zu § 706, Falkmann, ZwV. (2) 38 anerkennen will, so kennt die ZPO. jedenfalls doch den Satz nicht, daß der nach § 706 Abs. 1 angerufene Gerichtsschreiber die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsmittels stets selbständig zu prüfen habe. So ist es bei zweifelhafter Rechtslage nicht Sache des Gerichtsschreibers, die Frage, ob die Anfechtung des Urteils auf Grund des § 99 Abs. 3 zulässig oder unzulässig sei, von sich aus zu entscheiden.

§ 707. 1. **a)** Für die Meinung, daß eine Anfechtung des Beschlusses aus § 707 dann zulässig sei, wenn geltend gemacht wird, die Voraussetzungen des § 707 seien zu Unrecht für vorhanden oder nicht vorhanden erachtet — **RG.** JDR. **1** § 707 Nr. 7a, JDR. **3** § 707 Nr. 2, — haben sich ausgesprochen: HansGZ. **05** Beibl. 124, R. **05** 504 (Hamburg). Vgl. auch die bei Seuffert (8) § 707 Anm. 4 und bei Gaupp-Stein (4) § 707 Anm. III aufgeführte Literatur. — **b)** SeuffA. **60** 211 (BayObLG.). Unzulässig ist die Anfechtung jedenfalls dann, wenn sie sich gegen die Würdigung einzelner Tatsachen und gegen die Ausübung des richterlichen Ermessens richtet.

2. PosMSchr. **05** 11, JustdRundsch. **05** 187, R. **05** 198 (Posen). Die Partei ist befugt, bei dem Prozeßgerichte die Änderung eines von diesem selbst erlassenen Beschlusses über die Einstellung der Zwangsvollstreckung anzuregen. Zur mündlichen Verhandlung über die von ihr angeregte Abänderung kann sie jedoch die andere Partei nicht laden. Lediglich das Gericht hat vielmehr zu ermessen, ob es mündliche Verhandlung anordnen will oder nicht.

§§ 708 ff. Literatur: Thal, Die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkte, KGBl. 05 109.

Thal. Urteile, welche ohne Entscheidung über die Hauptsache lediglich über den Kostenpunkt ergehen, sind nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären, weil sie nach § 99 Abs. 3 der sofortigen Beschwerde unterliegen und deshalb gemäß § 794 Nr. 3 bereits einen gesetzlichen Titel zur Zwangsvollstreckung bilden. Ein die Klage abweisendes Urteil kann ebensowenig wie im Falle des § 709 Ziff. 4 in den Fällen des § 705 Ziff. 2—4 für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, da der akzessorische Charakter der Kostenentscheidung diese dem Schicksale des Hauptanspruchs unterordnet, ein klagabweisendes Urteil aber in der Hauptsache zur Vollstreckung nicht geeignet ist.

§ 708. 1. Nr. 2. Über Fälle, in denen ein Läuterungsurteil nicht für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, s. OLG. **10** 373, R. **05** 371, HansGZ. **04** Beibl. 280 (Hamburg); vgl. JDR. **3** § 708.

2. Nr. 6. R. **05** 110 (Braunschweig). Die Leibzucht, die von einem Bauernhofe zu entrichten ist, fällt, ebensowenig wie die Leibrente des BGB., unter den Begriff „Alimente" im Sinne des § 708 Ziff. 6.

§ 710. 1. *Ungewitter, JustdRundsch. **05** 6. Das Erbieten zur Sicherheitsleistung muß dem Beklagten rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgeteilt sein; ist das nicht geschehen, so kann das Versäumnisurteil nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

2. Bucerius, DJZ. **05** 614, hält gegen OLG. Hamburg — JDR. **3** § 710 Nr. 1, jetzt auch SeuffA. **60** 79, RheinARB. **05** 100 — für zulässig, ein Urteil gegen Sicherheitsleistung „in Höhe des beizutreibenden Betrags" für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Wie OLG. Hamburg: LG. Hamburg, Rhein. ARB. **05** 182.

3. OLG. **11** 96, R. **05** 504 (KG.). Das KG. hat, davon abgesehen, dem klagenden Fiskus gemäß § 710 eine Sicherheitsleistung aufzuerlegen mit folgender Begründung: Die Geldsicherheit würde ➛ nach preuß. Rechte. Red. ➛ in das Eigentum des Fiskus übergehen, der Beklagte also durch eine solche Sicherheit nur einen bedingten persönlichen Anspruch gegen den Fiskus bekommen, wie er ihn ohnehin nach § 717 erlangt.

§ 713. 1. *Neumiller, BayRpflZ. **05** 361 ff. Ausweislich der Entstehungsgeschichte des Abs. 2 (Prot. 340) geht das Sicherheitsangebot des Gläubigers dem des Schuldners derart vor, daß bei beiderseitigen Anträgen in die Urteilsformel nur die Sicherheit des Gläubigers aufzunehmen ist. Der Unterschied von Abs. 1 besteht darin, daß das Gericht bei Abs. 1 nach freiem Ermessen über den Antrag des Schuldners entscheidet und bei Ablehnung auch § 720 keine Anwendung findet, während den Anträgen aus Abs. 2 stattgegeben werden muß. Der Schuldner kann die Anträge aus Abs. 1 und 2 kumulieren; Abs. 2 ist solchenfalls ein Eventualverhältnis.

2. LG. I Berlin, KGBl. **05** 27. Die Hinterlegung zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung ist weder unbedingte, noch auflösend bedingte Zahlung. Der Kläger ist deshalb nach Rechtskraft des Urteils nicht verpflichtet, sich aus der hinterlegten Summe zu befriedigen; er kann vielmehr die Urteilssumme vom Beklagten durch Zwangsvollstreckung beitreiben.

§ 715. 1. R. **05** 563 (München). Von der Vorlegung des Rechtskraftszeugnisses kann abgesehen werden, wenn die die Rechtskraft begründenden Tatsachen aktenkundig sind.

2. Ungewitter, R. **05** 562. Hat ein Anwalt als „Vertreter" der Partei hinterlegt, so darf die Herausgabe des Hinterlegten an den Anwalt doch nur er=

folgen, wenn er eine zur Empfangnahme der Sicherheit berechtigende Vollmacht besitzt. Vgl. JDR. **3** § 715 Nr. 2.

3. Die Ansicht, daß dem prozeßbevollmächtigten Anwalt für den nach § 715 gestellten Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit die besondere Gebühr des § 24 RAGebO. nicht zustehe (vgl. JDR. **1** und **3** § 715 Nr. 3), sind beigetreten: OLG. Frankfurt, Rostock (I. Sen.), Kassel (OLG. **11** 154 ff., R. **05** 595), Nürnberg (BayRpflZ. **05** 135), Bamberg (BayRpflZ. **05** 308), Colmar (Elf. LothZ. **05** 471).

§ 717. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1053, SeuffA. **60** 302, JW. **05** 295, R. **05** 316. Der Anspruch auf Rückerstattung des Beigetriebenen ist ein dem Klaganspruche gegenüber selbständiger Anspruch. Er kann auch im Läuterungsverfahren und zwar selbst dann noch erhoben werden, wenn er schon in einem früheren Prozeßstadium hätte erhoben werden können.

2. **a)** ElsLothZ. **05** 452, R. **05** 475 (Colmar). Gegenüber der Forderung aus § 717 Abs. 2 ist eine Aufrechnung zulässig. Die Entsch. des **RG. 34** 35 trifft lediglich für den § 655 ZPO. a. F. zu. Vgl. auch JDR. **3** § 717 Abs. 2 Nr. 1. — **b) RG.** PuceltsZ. **05** 514, ElsLothZ. **05** 609, R. **05** 435. α. Gegenüber der Klage aus § 717 Abs. 2 ist der Einwand, der geltend gemachte Schaden beruhe auf eigenem Verschulden des Beschädigten, in dem vollen durch § 254 BGB. zugelassenen Umfange statthaft. Solches Verschulden kann auch aus Umständen gefolgert werden, die zeitlich vor Erlaß des vollstreckbaren Urteils liegen. — β. Die Frage, ob das vollstreckte, nachher aufgehobene Urteil mit Recht oder mit Unrecht aufgehoben ist, darf in dem Verfahren auf die Klage aus § 717 Abs. 2 hin nicht nachgeprüft werden. Vgl. **RG. 58** 236, u. zu § 945.

3. Zu Abs. 2 s. auch Pagenstecher zu §§ 704 ff. Ziff. I.

§ 718. Abs. 3. **RG. 59** 64, SeuffA. **60** 425, JustdRundsch. **05** 23, R. **05** 504, JW. **04** 556, s. JDR. **3** § 718 Abs. 3. Ebenso **RG.** JW. **05** 502. Absolute Unanfechtbarkeit der Entscheidung aus Abs. 3.

§ 721. *Ruge, Wegnahmerecht 97. Dem Wegnahmeberechtigten (vgl. o. Ziff. 1 zu § 258 BGB.) ist in entsprechender Anwendung eine Frist zu gewähren.

§ 722. O. Fischer, Vollstreckbarkeit 83. Geht das ausländische Urteil pure auf Abgabe einer Willenserklärung, so gilt die Erklärung als abgegeben, wenn das ausländische Urteil rechtskräftig geworden ist, sofern das Urteil nach § 328 anzuerkennen ist. Verurteilt dagegen das ausländische Urteil zur Abgabe einer Willenserklärung, die von einer Gegenleistung abhängig ist, so gilt die Erklärung erst dann als abgegeben, wenn ein daraufhin erlassenes inländisches Vollsteckungsurteil rechtskräftig geworden und mit einer Vollstreckungsklausel versehen ist.

§ 724. Baudoin, JustdRundsch. **05** 6. Haften mehrere Schuldner aus einem Urteil anteilsmäßig, so sind so viele Ausfertigungen zu erteilen, als Schuldner vorhanden sind. Jede Ausfertigung ist mit der Klausel gegen je einen Schuldner zu versehen. Gegen Gesamtschuldner ist dagegen nur eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen.

§ 725. Abs. 1. 1. R. **05** 532 (BayObLG.). Eine Privaturkunde, die eine Kündigung enthält, wird dadurch, daß sie durch den Gerichtsvollzieher zugestellt wird, nicht zu einer öffentlich beglaubigten im Sinne des § 726.

2. (§ 794 Ziff. 1.) HansGZ. **05** Beibl. 16 (Hamburg). Zu einem Vergleiche mit vorbehaltenem Rücktritte darf die Klausel erst nach Ablauf der Rücktrittsfrist erteilt werden.

3. (§ 794 Ziff. 5.) R. **05** 21 (BayObLG.). Der zur Vollstreckbarkeit einer notariellen Schuldurkunde erforderliche Nachweis der Kündigung und des Ablaufs der Kündigungsfrist ist nur durch eine öffentliche oder öffentlich be-

glaubigte Urkunde zu führen; durch ein zwischen den Parteien ergangenes Urteil nur dann, wenn im Tenor rechtskräftig die erfolgte Kündigung und ihr Zeitpunkt festgestellt sind.

4. Abs. 2. R. **05** 21 (Celle). Auch auf die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eines den Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung gegen Gegenleistung verurteilenden Erkenntnisses findet § 730 Abs. 1 — Erteilung nur auf Anordnung des Vorsitzenden — Anwendung.

§ 727. 1. *Full, Die Sachlegitimation des Mannes am eingebrachten Gute 34. Die Frau kann sich nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes eine vollstreckbare Ausfertigung des vom Manne erwirkten Urteils erteilen lassen (vgl zu § 1380 BGB.).

2. Bretzfeld, R. **05** 131. Die Vollstreckungsklausel ist im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft und Zugehörigkeit der Streitforderung zum Gesamtgute, nicht zugunsten der Erben gegen Vorlage eines Erbscheins, sondern nur für den überlebenden Ehegatten auf Grund eines Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen, denn allein der überlebende Ehegatte ist in diesem Falle Rechtsnachfolger des verstorbenen.

3. LG. Düsseldorf, DJZ. **05** 1071. Für die Zwangsvollstreckung in ein zur Masse gehöriges Grundstück auf Betreiben eines Absonderungsberechtigten bedarf es einer Vollstreckungsklausel gegen den Konkursverwalter.

§ 732. SchlHolstAnz. **05** 167 (Kiel). Das nach § 732 berufene Gericht ist auch dann für die Entscheidung über die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel zuständig, wenn die Klausel auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt ist.

§ 733. OLG. **10** 395, PosMSchr. **05** 72, R. **05** 345, 371 (Marienwerder). Die „Anordnung" des Vorsitzenden ist ein Internum des Gerichts; die an die Anordnung gebundene „Entscheidung" muß der Gerichtsschreiber treffen. Ist aber die „Entscheidung" vom Vorsitzenden nach außen hin erlassen, so findet dagegen Beschwerde statt (§ 576). Eine Klage auf Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen ist nicht gegeben.

§ 735. SeuffA. **60** 239 (Celle). Auf Grund eines gegen den nichtrechtsfähigen Verein gerichteten vollstreckbaren Titels kann eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderung gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden. Der Drittschuldner kann aus der mangelnden aktiven Parteifähigkeit des Schuldners Einwendungen gegen die Klage des Gläubigers nicht herleiten.

§ 736. *Hölder, Natürl. u. jurist. Personen 275 ff. Ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil im Sinne dieses Paragraphen ist auch das Urteil, das ergangen ist gegen den die Mitglieder der bestimmten Gesellschaft als solche vertretenden Geschäftsführer der Gesellschafter. Hat daher die Gesellschaft einen Geschäftsführer, dem die Vertretung der Gesellschafter als solcher zukommt, so ist bezüglich der Zwangsvollstreckung in das Gesellschafts- oder Vereinsvermögen kein Unterschied zwischen einem Urteile gegen jenen und gegen einen nicht rechtsfähigen Verein oder dessen Vorstand.

§ 739. 1. *Geib, ACivPrax. **97** 161 ff., verteidigt seine das. **94** 317 ff. — JDR. **3** § 739 Nr. 2 — entwickelte Auffassung über die Exekutionsduldungsklage gegen die Einwendungen von Walsmann, JDR. **3** § 739 Nr. 4.

2. In Übereistimmung mit der Literatur (vgl. Gaupp-Stein § 739 Anm. 2) führt BreslauAK. **05** 39 (LG. Breslau) aus, daß die Verurteilungen des Mannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nicht durch seine Verurteilung als Gesamtschuldner neben der Ehefrau ersetzt wird.

3. **RG. 59** 234, JW. **05** 49. Wird die Frau auf Leistung und zugleich der Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verklagt, so liegt keine notwendige Streitgenossenschaft vor. — Ebenso Gaupp-

Stein (6/7) zu §§ 52, 82, Planck, BGB. (3) § 1400 Anm. 7, Hellwig, Anspruch und Klagerecht 326, Staudinger (2) § 1400 Anm. 5, Schmidt-Habicht, § 1400 Anm. 3. — AM. Petersen-Anger (4) § 739 Anm. 2 (vgl. aber 5. Aufl. zu § 62 Anm. 11), Struckmann-Koch (8) § 739 Anm. 2, Seuffert, ZPO. (9) § 62, (8) § 739 und GruchotsBeitr. **43** 136. Vgl. JDR. **1** § 739 I und II Nr. 3, **2** § 739 Nr. 8.

4. OLG. **11** 97 (Dresden). Der Mann ist den Gläubigern der Frau zur Beschaffung des Duldungstitels verpflichtet und er hat nur dann die darauf gerichtete Klage nicht veranlaßt, wenn er ihm vorher diesen Schuldtitel in der Form einer vollstreckbaren Urkunde nach § 794 Ziff. 5 zur Verfügung gestellt hat.

5. ThürBl. **52** 236, R. **05** 567, NaumburgAK. **05** 91 (Jena). Der § 739, nach welchem beim gesetzlichen Güterstande die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau die Verurteilung des Ehemanns zur Duldung der Zwangsvollstreckung voraussetzt, ist gemäß § 928 auf die Vollziehung des Arrestes in das eingebrachte Gut entsprechend anwendbar.

§ 740. 1. OLG. **10** 373, R. **05** 371 (Posen). Die Frage, ob der Gläubiger aus einem gegen den gütergemeinschaftlichen Mann allein gerichteten Titel ohne weiteres in solche zum Gesamtgute gehörigen Gegenstände vollstrecken darf, die im alleinigen Gewahrsam der Frau sind, ist streitig. Sie wird bejaht von Dernburg IV § 59 IV Anm. 4, Falkmann, DJZ. **00** 175, 356, Neukamp, ZPO. § 740 Anm. 2, R. **02** 428 (Köln), OLG. **5** 329 (KG.), im JMBl. **00** 22, PrGerVollzGeschAnw. §§ 48, 63, FinanzMinAnw. (AbgZBl. **00** 44) Art. 5. Verneint von der Begründung zur ZPONov. 152, Reincke, ZPO. §§ 739 bis 745 Anm. 2, Gaupp-Stein vor § 735 Anm. 5, Struckmann-Koch, Petersen-Anger § 740 Anm. 2, Freudenthal zu § 740 ZPO., Planck zu § 1459 BGB. und DJZ. **00** 77ff., Endemann, Einführung II Anm. 13 zu § 185, Staub, HGB. 35 ff. Anm. 97, Seuffert, GruchotsBeitr. **43** 139, Hellwig, Anspruch 338, Frey, SächsA. **10** 462, OLG. **5** 131 (Hamburg); das OLG. Posen tritt der letzteren Ansicht bei. Durch § 740 werden die allgemeinen Vorschriften über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, insbes. § 809 nicht geändert. Vgl. JDR. **1** § 740.

2. OLG. **11** 329, R. **05** 567 (Colmar). Im Hinblick auf § 740 sind die zum Gesamtgute gehörigen Grundstücke bezügl. der Vollstreckung den Grundstücken des Mannes gleichzuachten. Auf Grund eines gütergemeinschaftliche Ehegatten als Gesamtschuldner verurteilenden Erkenntnisses kann die Urteilssumme sowohl ganz auf die Grundstücke des Mannes als ganz auf diejenigen der Frau oder ganz auf die letzteren und zum Teil auf die Grundstücke des Mannes, der Rest auf die Grundstücke des Gesamtguts eingetragen werden.

§ 741. 1. KGBl. **05** 4, R. **05** 167 (KG.). Durch § 741 wird die Klage gegen den Ehemann auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut nicht ausgeschlossen. Ebenso BraunschwZ. **05** 154 (Braunschweig): Die gleichzeitige Verurteilung des Mannes dient u. U. zur Abschneidung des Widerspruchs, den der Mann nach §§ 771, 774 mittels Klage erheben könnte, wenn ein gegen die Frau allein ergangenes Urteil in das eingebrachte Gut vollstreckt würde. Vgl. Staudinger (2) IV § 1405 Anm. 4, § 1411 Anm. 7a—c. Ebenso R. **05** 345 (Breslau).

2. OLG. **10** 374, R. **05** 371 (Dresden). Daß das Urteil gegen die Frau aus § 741 auch ohne Verurteilung des Mannes in das eingebrachte Gut vollstreckbar ist, genügt nicht, um den Mann gemäß § 93 von der Kostenlast zu befreien, denn § 741 steht der Klage gegen den Ehemann auf Duldung der Vollstreckung nicht entgegen. Sache des Klägers ist es aber, darzulegen, daß der Mann durch sein Verhalten, besonders durch Einwendungen gegen den von ihm

gegen die Frau geltend gemachten Anspruch oder gegen dessen Befriedigung aus dem eingebrachten Gute (Planck § 1411 Anm. 9[1], ZPO. § 774) Veranlassung gegeben hat (§ 93), trotz der nach § 741 ohnehin bestehenden Vollstreckungsmöglichkeit noch gemäß § 739 gegen ihn auf Duldung der ZwV. zu klagen.

§ 742. **a)** Backof-Roth, JustdRundsch. **05** 332. Die vollstreckbare Ausfertigung kann auch dann erteilt werden, wenn der vor Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft rechtshängig gewordene Rechtsstreit nicht gegen die Ehefrau geführt wurde, sondern vielmehr eine gemäß §§ 727, 730 ZPO. erteilte vollstreckbare Ausfertigung gegen die Ehefrau als Rechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Ehemanns vorliegt. — **b)** SeuffBl. **05** 511 (LG. I München). § 742 findet nicht nur dann Anwendung, wenn ein gegen die Ehefrau geführter Rechtsstreit nach dem dort bezeichneten Zeitpunkt anhängig geworden ist, sondern erst recht, wenn der Rechtsstreit zu dieser Zeit bereits rechtskräftig entschieden ist, oder wenn die rechtskräftige Entscheidung gegenüber einer Person ergangen ist, deren Rechtsnachfolgerin die Ehefrau mit Wirkung der Haftung des Gesamtguts geworden ist.

§ 744. OLG. **10** 375, R. **05** 371 (Posen). Die Frage, wie ein Urteil gegen den gütergemeinschaftlichen Mann nach dem Tode der Frau in das Gesamtgut zu vollstrecken ist, ist in den §§ 743, 744 besonders geregelt. Ist das Urteil bereits vor dem Tode der Frau rechtskräftig geworden, so kommt nie die Anwendung des § 744 in Frage. Die Ausdehnung dieses Paragraphen auf alle Fälle der Beendigung der Gütergemeinschaft, namentlich auch auf den durch den Tod der Frau, ist beim Fehlen einer entgegengesetzten Bestimmung und unter analoger Anwendung des § 745 Abs. 2 unbedenklich. Danach steht dem Gesamtgutsgläubiger der Weg der §§ 727, 730—732 offen, er kann also gegen die Erben der Frau auf Erteilung der Klausel klagen. Da § 744 nur eine „entsprechende" Anwendung der §§ 727 ff. vorschreibt, so steht ihrer Anwendung der Umstand nicht entgegen, daß die Frau in dem Urteile nicht namentlich bezeichnet ist. Der angegebene Weg ist der Regel nach der ausschließlich zulässige. Eine Klage gegen die Erben der Frau auf Leistung oder Duldung der Vollstreckung aus dem früheren Urteile könnte nur dann für zulässig erachtet werden, wenn nach den besonderen Umständen des Falles die Vollstreckung ohnedies besonders erschwert wäre.

§ 747. SeuffA. **60** 295 (Königsberg). Verlangt ein Nachlaßgläubiger gemäß § 2059 Abs. 2 BGB. die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben, so sind diese notwendige Streitgenossen. Dasselbe gilt, wenn der Antrag gegen sämtliche Miterben auf Feststellung einer Forderung als Nachlaßforderung geht. Klagt der Nachlaßgläubiger aber gemäß § 2058 BGB. gegen die Erben als Gesamtschuldner, so sind die Erben gewöhnliche Streitgenossen.

§ 750. 1. ElsLothZ. **05** 179 (Colmar). Als Bedingung für den Beginn der ZV. ist die Zustellung der Vollstreckungsklausel neben der des Urteils wie für die Fälle des § 750 Abs. 2 vorgeschrieben, im übrigen genügt nach § 750 Abs. 1 die Zustellung der Urteilsausfertigung, selbst wenn dieselbe zur Herbeiführung der Rechtskraft des Urteils stattgefunden hat.

2. LG. I Berlin, KGBl. **05** 37. Im Gegensatze zu seiner früheren Praxis nimmt das LG. an, daß es für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gleichgültig ist, ob der Schuldtitel dem Schuldner vom Gläubiger, oder diesem von jenem zugestellt ist. Zu dieser Auslegung führt der Wortlaut des nach der bezeichneten Richtung nicht unterschiedenen § 750 Abs. 1, sowie der Zweck der Vorschrift, nach welchem der Schuldner nur vor der Zwangsvollstreckung allemal Kenntnis vom Inhalte des Schuldtitels haben soll.

§ 751. MecklZ. **24** 41, R. **05** 683 (Rostock). Ist zu einem gegen Sicherheitsleistung vollstreckbaren Urteil die Vollstreckklausel erteilt, die Sicherheit aber nicht geleistet, sodann auf einer anderen Ausfertigung die Rechtskraft bescheinigt, so kann aus dieser Ausfertigung erst dann ZV. betrieben werden, wenn auch zu ihr die Vollstreckklausel erteilt ist. Ebenso Wilmowsky-Levy Anm. 1 zu § 663 aF.

Zu §§ 753ff. Literatur: Rottmann, Handbuch für den Gerichtsvollzieherdienst nach den Reichsgesetzen und der Neuorganisation des Gerichtsvollzieherinstituts mit den landesrechtlichen Bestimmungen im Königreich Bayern (Würzburg 1903).

§ 753. 1. **a)** JustdRundsch. **05** 217 (Celle). Der Gerichtsvollzieher haftet dem ihn beauftragenden Gläubiger nach den Grundsätzen des Auftrags. An dem vorliegenden Falle wird erörtert, ob dem Gerichtsvollzieher Fahrlässigkeit zur Last fällt. — Dagegen PucheltsZ. **05** 202 (Colmar). Der Gerichtsvollzieher steht dem Gläubiger, der ihm den ZVAuftrag gegeben hat, als Beamter gegenüber. Die Berücksichtigung eines nicht „beteiligten" Gläubigers bei Verteilung des Versteigerungserlöses stellt einen Verstoß gegen die Amtspflichten dar. Für die Schadensersatzklage des auftraggebenden Gläubigers ist gemäß § 70 Abs. 3 GVG. i. V. m. § 16 Abs. 1 ElsLothAGBGB. das LG. ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig. — **b)** PosMSchr. **05** 170 (Posen). Der Gerichtsvollzieher ist in erster Linie, auch dem Gläubiger gegenüber, der ihm den Zwangsvollstreckungsauftrag gibt, öffentlicher Beamter. Seine Kenntnis von der Zahlungseinstellung des Schuldners schadet daher dem Gläubiger nichts.

2. WürttJ. **17** 138 (Stuttgart). Für das Verschulden des Gerichtsvollziehers bei Ausführung des ihm erteilten Auftrags haftet gemäß Art. 202 WürttAG. BGB. dem Gläubiger nur der Gerichtsvollzieher, nicht der Staat bzw. die Gemeinde.

§ 754. (§§ 757, 766.) *Baudoin, JustdRundsch. **05** 6. Der Gerichtsvollzieher bedarf zur Einleitung der Zwangsvollstreckung, wenn in einem Urteile mehrere zu einer Leistung verurteilt wurden, ohne jedoch Gesamtschuldner zu sein, so vieler vollstreckbarer Ausfertigungen, als Schuldner vorhanden sind, weil derselbe nach Empfang der Leistung verpflichtet ist, dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst Quittung auszuhändigen und die Nichtbeachtung dieser Vorschrift den Schuldner berechtigt, Einwendungen nach § 766 ZPO. zu erheben und demselben außerdem ein durch Klage verfolgbarer Anspruch auf Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung zusteht.

§ 758. Josef, R. **05** 426. So wenig der Gerichtsvollzieher behufs Vollstreckung gegen den Hauseigentümer die Wohnung durchsuchen darf, die dieser einer Familie in einem ganzen Stockwerke des Hauses vermietet hat, ebensowenig darf er das einzelne Zimmer, das der Mieter mit Möbeln aftervermietet, durchsuchen; ein solches Zimmer gehört nicht zur „Wohnung" des Schuldners. An diesem Zimmer hat der Aftermieter Gewahrsam, während der Aftervermieter nur mittelbaren Besitz hat.

§ 766. 1. R. **05** 255 (Jena). Die Erinnerung aus § 766 steht dem Schuldner unter Umständen schon vor Beginn der ZwV. zu. Kündigt z. B. der Gerichtsvollzieher auf Grund eines Vollstreckungstitels dem Schuldner für den folgenden Tag die Exmission an, falls er nicht bis dahin freiwillig die Wohnung räume, so ist nicht einzusehen, weshalb der Schuldner mit seinen Einwendungen bis zum Beginne der Exmission sollte warten müssen, obgleich doch dann seine Einwendungen kaum noch in der Lage sein werden, die ZwV. aufzuhalten.

2. SchlHolstAnz. **05** 166 (Kiel). Der Schuldner ist berechtigt, auch einer bereits an sich unwirksamen Pfändung zu widersprechen, weil er ein Interesse daran hat, daß solche ihn mit Kosten bedrohende Maßregeln unterbleiben.

3. SeuffA. **60** 381 (Marienwerder). Sofortige Beschwerde im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorherige Erinnerung gemäß § 766 ZPO. ist zulässig, wenn beiderseitiges Gehör vorgeschrieben ist und stattgefunden hat.

4. SeuffA. **60** 206 (Marienw.). Um geltend zu machen, daß der Gläubiger aus einem Urteile zuviel vollstreckt habe, dient dem Schuldner regelmäßig nur der Weg des § 766. Zu einer Feststellungsklage dahin, daß die ZwV. aus dem Urteile nur in Höhe von … M. zulässig sei, fehlt das gegenwärtige rechtliche Interesse.

5. (§§ 767, 887, 888.) **a)** WürttJ. **17** 59 (Stuttgart). Behauptet der Schuldner gegenüber dem ZVAntrage gemäß § 887 oder § 888 aus einem den Schuldner zu sich täglich wiederholenden Leistungen verurteilenden Erkenntnisse, daß er bisher dasjenige getan habe, was er habe tun können, um dem Urteile zu genügen, und will er damit lediglich geltend machen, daß für die geforderten weiteren Leistungen überhaupt noch gar keine Veranlassung zu Zwangsmaßregeln gegen ihn vorliegen, so ist dies eine Einwendung aus § 766. Der Schuldner, der ja das Fortbestehen des klägerischen Anspruchs gar nicht bestreitet, kann nicht auf den Klageweg des § 767 verwiesen werden. — **b)** SeuffA. **60** 85 (Marienwerder). Ist der Beklagte zur dauernden Erhaltung eines Zustandes verurteilt und macht er gegenüber einem Antrage des Klägers aus § 887 geltend, das, was er bisher zur Sicherung des bestehenden Zustandes getan habe, genüge für die Gegenwart, so ist diese Einwendung in der Zwangsvollstreckungsinstanz zu prüfen. Der Beklagte kann nicht auf den Weg des § 767 verwiesen werden, da seine Einwendung sich gar nicht gegen den im Urteile festgestellten Anspruch richtet, dessen fortdauerndes Bestehen der Beklagte gar nicht negiert.

6. LG. Köln, DJZ. **05** 128. Für eine Erinnerung aus § 766 kann der Rechtsanwalt zwar nicht die Gebühr des § 23 Ziff. 1 RAGebO., wohl aber die der Ziff. 2 berechnen. Vgl. **RG.** JW. **98** 481, GruchotsBeitr. **42** 1163.

§ 767. 1. **RG.** JW. **05** 53, R. **05** 137. Wenn eine gemäß § 767 Abs. 1 erhobene Klage in der Berufungsinstanz auf eine neue Einwendung gegründet wird, so wird diese neue Einwendung „im Wege der Klage" geltend gemacht. Die Zulässigkeit der Klagänderung richtet sich nach § 527.

2. **a)** HansGZ. **05** Beibl. 280 (Hamburg). Das OLG. ist hinsichtlich der Behandlung des Aufrechnungseinwandes dem RG. — JDR. **3** § 767 Abs. 2 Nr. 1 — beigetreten. — **b)** BayRpflZ. **05** 283 (BayObLG.). Das ObLG. schließt sich der Ansicht des RG. — JDR. **3** § 767 Nr. 3 — an, daß bei Vorliegen eines Versäumnisurteils immer dann die Klage aus § 767 unzulässig ist, wenn es dem Schuldner möglich war, die Einwendung durch Einspruch geltend zu machen.

3. HansGZ. **05** Beibl. 222, R. **05** 621 (Hamburg). Die Klage aus § 767 ist schon vor Beginn der Zwangsvollstreckung zulässig. Ebenso **RG.** **38** 428, **45** 343, R. **05** 21, BuschsZ. **33** 535 (Karlsruhe) (s. JDR. **3** § 767 II Nr. 1). Abw. die frühere Praxis des OLG. Hamburg: SeuffA. **39** Nr. 271, HansGZ. **00** Beibl. Nr. 175.

4. HessRspr. **6** 18, R. **05** 316 (Darmstadt). Einwendungen gegen einen gemäß § 887 auf Grund eines gerichtlichen Vergleichs erlassenen Beschluß sind durch Klage gemäß § 767, nicht durch sofortige Beschwerde geltend zu machen.

5. *Pagenstecher Anm. 814. Mit Recht führt das **RG.** **52** 218 aus: „Daß eine Gegenentscheidung jüngeren Datums, welche das Recht verneint, das eine ältere unter denselben Parteien ergangene Vorentscheidung zugesprochen hat, zur Grundlage einer Einwendung nach § 767 gemacht werden kann, ist nicht zu bezweifeln." Es beruht das aber nicht — wie das RG. meint — darauf, „daß sich das Verhältnis der beiden entgegengesetzten Entscheidungen nicht anders als das Verhältnis zweier Gesetze entgegengesetzten Inhalts stellt"; der wahre Grund liegt vielmehr — wie sich übrigens auch aus den weiteren Ausführungen

des RG. auf das deutlichste ergibt — darin, daß sich das Verhältnis der beiden Entsch. wie zwei Verträge entgegengesetzten Inhalts darstellt.

§ 768. RG. PucheltsZ. **05** 437. Dadurch, daß dem Kläger der Weg des § 768 zur Verfolgung seines Anspruchs freigestanden hätte, wird nicht ausgeschlossen, daß er statt dessen nach Maßgabe des bürgerl. Rechtes Rückgabe des Geleisteten auf Grund der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung verlangt, sobald er nachweisen kann, daß die ZwV. gegen ihn ohne einen gültigen Titel unternommen ist.

§ 769. SächsOLG. **26** 361. Die für die Anwendung des § 769 Abs. 2 die Voraussetzung bildende Dringlichkeit wird in der Regel nicht mehr als vorliegend angenommen werden können, wenn der Antragsteller, der unter Bezugnahme auf Eigentum der gegen einen Dritten vollzogenen Pfändung widersprochen hat, auf Grund der angezogenen Gesetzesvorschrift bereits einen Einstellungsbeschluß des Amtsgerichts erlangt, die ihm darin gesetzte Frist zur Beibringung einer Entscheidung des Prozeßgerichts aber hat verstreichen lassen.

§ 771. Literatur: Burghart, Rechte des Dritten in der Zwangsvollstreckung, JustdRundsch. **05** 132 ff. — Schöninger, Bereicherungsanspruch, SeuffBl. **05** 685 ff.

I. 1. Klagegrund. **a)** Burghart. Der Besitz ist ein die Veräußerung hinderndes Recht. Die Einwendungen nach § 766 sind neben der Klage nach § 771 nur möglich, wenn sie auf die Verletzung von Prozeßvorschriften gestützt werden können. — **b)** ElsLothZ. **05** 566 (Colmar). Auch ein Miteigentumsverhältnis reicht zur Begründung der Widerspruchsklage aus.

2. Ziel der Klage. **a)** RG. JW. **05** 730. Die Klage aus § 771 geht dahin, daß die in Betracht kommende Zwangsvollstreckung durch Urteil für unzulässig erklärt werde. Das Urteil auf die Widerspruchsklage gibt aber dem Kläger kein Recht auf eine von dem beklagten Gläubiger zu bewirkende Leistung (Pfandentlassung), mag auch das Urteil im einzelnen Falle unzutreffend dahin gefaßt sein, der Beklagte werde zur Freigabe verurteilt. — **b)** SchlHolstAnz. **05** 152 (Kiel). Die Widerspruchsklage aus § 771 geht, auch wenn sie sich auf Eigentum des Widersprechenden stützt, nicht auf Feststellung des Eigentums, sondern lediglich auf Feststellung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung.

3. Wirkung des Urteils. R. **05** 198 (Stuttgart). Sieht man mit Gaupp-Stein II 467, Hellwig, Anspruch und Klagerecht 511—513, 485 bis 488, Thiele, ACivPrax. **84** 50, die Widerspruchsklage als prozeßrechtliche Klage an, welche nur die Frage der Rechtmäßigkeit des konkreten Vollstreckungsakts entscheidet, so wirkt das ergehende Urteil konstitutiv; es stellt für und gegen jedermann, insbes. auch für und gegen den Schuldner die Rechtmäßigkeit bzw. Unrechtmäßigkeit der Vollstreckungsmaßregel fest.

4. Zeitpunkt der Klagerhebung. SeuffA. **60** 425 (München). Hat ein Schuldner mit Wertpapieren eines Dritten Sicherheit geleistet, so steht, wenn der Gläubiger den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Wertpapiere pfändet, dem Dritten die Widerspruchsklage aus § 771 erst zu, wenn die Wertpapiere auf Grund der Anordnung aus § 847 an den Gerichtsvollzieher herausgegeben sind. Denn erst dadurch werden die Wertpapiere, an denen dem Dritten ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, Gegenstand der Zwangsvollstreckung. Vgl. dagegen die Ausführungen des Einsenders der Entsch. a. a. O. 430.

5. Einwendungen. RG. JW. **05** 89, R. **05** 111. Wenn im Zwangsvollstreckungsverfahren ein Gegenstand gepfändet wird, der zum Vermögen eines Dritten gehört, so kann gegenüber einer auf § 771 gestützten Widerspruchsklage ein Einwand lediglich daraus, daß Kläger selbst der wahre Schuldner der beizutreibenden Forderung sei, nicht hergeleitet werden. Dem Kläger kann nicht angesonnen werden, sich in einem zur Geltendmachung seines Widerspruchsrechts be-

stimmten Verfahren auf einen Streit darüber einzulassen, ob er etwa, sei es nach Maßgabe des den Entstehungsgrund der Forderung bildenden Vertrags, sei es aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung, materiell der Schuldner sei. Als arglistig kann ein auf Wahrung dieses seines Rechtes gerichtetes Handeln nicht erscheinen.

6. Besonderes. **a)** OLG. **10** 375 (Colmar). Der Widerspruchskläger geht seines Rechtes nicht dadurch verlustig, daß die Polizeibehörde, in deren Gewahrsam die gepfändeten Gegenstände sich zur Zeit der Pfändung auf Grund behördlicher Beschlagnahme befanden, der Pfändung zugestimmt hat. — **b)** Schöninger, SeuffBl. **05** 685. Werden Gegenstände gepfändet, die nicht dem Schuldner gehören, sondern einem Dritten, so hat letzterer nach durchgeführter Zwangsvollstreckung gegen den gepfändeten Gläubiger einen Ersatzanspruch, bei subjektiver Widerrechtlichkeit auf Grund § 826 BGB., bei bloß objektiver Widerrechtlichkeit jedenfalls auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 (nicht 816) BGB., weil der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan einen prozessual oder materiell unberechtigten Eingriff in das Vermögen eines Dritten vorgenommen und der Gläubiger auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Der Gläubiger kann nicht einwenden, er sei für seine Forderung befriedigt, weil der Bereicherungsanspruch des Dritten aus dem widerrechtlichen Eingriffe vorgeht (gegen Oertmann, ACivPrax. **96** 1 ff. — IDR. **3** § 771 IV —). Der wirkliche Schuldner kann, wenn der Gläubiger nun gegen ihn vollstrecken läßt, aus dem Kondiktionsanspruche des Dritten keinen Einwand ableiten, weil es sich hier um ein selbständiges Recht eines Dritten handelt. Ebenso Brückner, R. **05** 182. — **c)** Über das Verhältnis des § 242 BGB. zu § 771 ZPO. s. o. Ziff. 3aβ zu § 242 BGB. — **d)** OLG. **10** 173 (KG.) s. o. zu § 268 BGB.

II. Kosten des Interventionsprozesses. Vgl. Ziff. IIh zu § 93.

III. Abs. 3. SächsOLG. **26** 90. Die Kosten der beim AG. als Vollstreckungsgericht erwirkten Einstellung der ZwV. sind von der im Prozesse von dem LG. unterliegenden und für kostenpflichtig erklärten Partei auf Grund des landgerichtlichen Urteils mit zu erstatten. Ob das LG. von der Einstellung Kenntnis hatte, ist (abw. RG. **50** 357) unerheblich, da das Gericht der unterliegenden Partei im Zweifel alle Kosten auferlegen will, die der Gegner zur Prozeßführung aufwenden mußte, auch die ihm unbekannt gebliebenen.

§ 775. Ziff. 4. OLG. **10** 377, R. **05** 371 (Hamburg). Pfändet der Schuldner die Forderung des Gläubigers, wegen welcher gegen ihn ZwV. betrieben wird, so ist er berechtigt, die Einstellung der Vollstreckung aus § 775 Nr. 4 zu begehren. Vgl. IDR. **1** § 775 Nr. 2.

§ 777. *Merckens, DNotV. **05** 545. Auf das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen ist das beneficium excussionis realis nicht erstreckt worden. Eine zur Sicherheit eines Bankkredits bestellte Höchstbetragshypothek ist also außerhalb des Konkurses (§ 64 KO.) eine Ausfallsicherheit, auch wenn die Haftung für den Ausfall im Hypothekenakt nicht besonders vereinbart worden ist. Wohl aber ist mit Rücksicht auf das Entstehen von Eigentümerhypotheken eine solche Vereinbarung erforderlich, um den Betrag zu decken, für welchen die endgültige Forderung den Höchstbetrag der Hypothek übersteigt.

§ 780. RG. **59** 301, SeuffA. **60** 475, IW. **05** 83, NaumburgAK. **05** 2, JustdRundsch. **05** 92, R. **05** 167. Ist dem als Erben des Schuldners verurteilten Beklagten die Beschränkung seiner Haftung im Urteile nicht vorbehalten, so kann er diese auch nicht vermittels der Klage aus § 767 mehr geltend machen (vgl. o. Ziff. 2 zu § 1975 BGB.).

§ 786. (§ 780.) HansGZ. **05** Beibl. 232, OLG. **11** 99 (Hamburg). Der Vorbehalt im Urteile, durch welchen der Ehefrau die Beschränkung der Haftung

auf die ihr zugeteilten, früher gütergemeinschaftlichen Gegenstände vorbehalten ist (§ 780), hindert nach §§ 781, 786 die ZwV. in das persönliche Vermögen der Frau so lange nicht, bis sie auf Grund desselben gemäß §§ 785, 767, 770 Einwendungen erhoben hat. Solange diese Einwendungen nicht erhoben und eine Einstellung der ZwV. nicht erfolgt ist, muß die Ehefrau deshalb den Offenbarungseid auf Verlangen des Gläubigers auch in Ansehung ihres ganzen Vermögens, einschließlich des persönlichen, leisten.

§ 788. 1. *Wiesner, JustdRundsch. **05** 121. Der § 788 bestimmt die Kostenzahlungspflicht des Schuldners nicht nur gegenüber dem Gläubiger, sondern gegenüber jedermann, der berechtigt ist, notwendige, durch die Zwangsvollstreckung entstandene Kosten zu fordern, insbesondere auch gegenüber der Staatskasse, dem Rechtsanwalt und Gerichtsvollzieher.

2. LG. Graudenz, PosMSchr. **05** 119, JustdRundsch. **05** 315. Der Gerichtsvollzieher hat bei Einziehung der Kosten von Amts wegen zu prüfen, ob sie notwendig waren und hat, falls Zweifel vorhanden sind, von der zwangsweisen Beitreibung Abstand zu nehmen.

3. OLG. **11** 101, R. **05** 595 (KG.). § 788 findet auch auf die Zwangseintragung Anwendung.

4. OLG. **11** 100 (KG.). § 788 findet auf Kosten, die der Gläubiger dem Schuldner zu ersetzen hat, keine Anwendung. Ist eine vom Gläubiger beantragte Vollstreckungsmaßregel vom Vollstreckungsgerichte für unzulässig erklärt, so ist für die Kostenfestsetzung auf Grund dieses Beschlusses das Vollstreckungsgericht als „Gericht erster Instanz" jedenfalls dann zuständig, wenn vor dem Vollstreckungsgericht ein besonderer Streit zwischen den Parteien oder einer Partei und einem Dritten stattgefunden hat.

5. LG. Bromberg, PosMSchr. **05** 33, JustdRundsch. **05** 125. Der § 86 Nr. 9 PrGerVollzGeschAnw., nach welchem wegen Gebühren und Auslagen, die durch die Vollziehung eines Arrestes oder einer einstw. Verfügung entstehen, der Gerichtsvollzieher sich an den Auftraggeber zu halten hat, ihre Beitreibung vom Schuldner auf Grund des Befehls aber unzulässig ist, ist unvereinbar mit den reichsgesetzlichen Vorschriften und deshalb unbeachtlich. Gemäß §§ 928, 936 findet § 788 auch auf die Kosten der Vollziehung von Arresten und einstw. Verfügungen Anwendung. Die Kosten der Vollziehung beider Anordnungen sind deshalb, soweit sie notwendig waren (§ 91 ZPO.), zugleich mit der Vollziehung vom Schuldner beizutreiben. Vgl. Gaupp-Stein § 928 Anm. 4, Petersen-Anger Anm. 2 zu § 928. AM. Schönfeld, Der PrGerichtsvollz. Anm. 9 zu § 86 GeschAnw.

§ 794. Abs. 1. I. Ziff. 1. 1. SeuffA. **60** 245 (Königsbg.). Der Vergleich ist, auch wenn er vom Prozeßgerichte beurkundet und zwecks Erledigung eines Prozesses geschlossen ist, ein materiell-rechtlicher Dispositionsakt. Wird der Vergleich durch richterliches Urteil für unwirksam erklärt, so ist der erste Prozeß seitens des Gerichts so zu behandeln, als ob der Vergleich niemals geschlossen wäre.

2. MecklZ. **23** 243, R. **05** 284 (Rostock). Geben die Parteien einen von ihnen außergerichtlich abgeschlossenen Vergleich, ohne seinen Inhalt vorzutragen, lediglich mit der Erklärung, daß sie diesen Vergleich abgeschlossen hätten, als Anlage zu Protokoll, so liegt, wenn der Vergleich auch nicht vom Gerichte vorgelesen wird, kein „vor Gericht abgeschlossener Vergleich" i. S. der Ziff. 1 vor.

3. OLG. **11** 107, R. **05** 595 (Hamburg). Die Frage, ob ein Vergleich gehörig widerrufen ist, ist vom Prozeßgerichte nach mündlicher Verhandlung durch Urteil zu entscheiden. Die Vollstreckungsklausel zu dem Vergleiche darf in solchem Falle nicht erteilt werden.

4. Vgl. Pagenstecher o. §§ 780 ff. BGB. Ziff. 2.

II. Ziff. 3. *Fuld, R. 05 310. Unter § 794 ZPO. fällt auch der Beschluß, durch den für den Konkursverwalter das Honorar festgesetzt wird.

III. Ziff. 5. 1. *Bechmann, BayRpflZ. 05 234. Die nach § 794 Ziff. 5 errichtete Urkunde ist unabhängig von dem ihr zugrunde liegenden Kausalgeschäfte vollstreckbar. Bei einer Vereinbarung nach § 1714 BGB. bildet daher das die Verpflichtungserklärung des Vaters des unehelichen Kindes enthaltende Protokoll, nicht etwa die gesamten vormundschaftsgerichtlichen Verhandlungen den Vollstreckungstitel. Der die vollstreckbare Ausfertigung erteilende Gerichtsschreiber hat demnach deren Rechtswirksamkeit nicht zu prüfen, sondern nur zu beachten, ob den Voraussetzungen des § 794 Ziff. 5 ZPO. genügt ist.

2. **a)** *Walter, BayNotZ. 05 40 ff. Durch die nunmehrige Fassung des § 794 Ziff. 5 ist es möglich, ein vollstreckbares Schuldbekenntnis sowohl in Ansehung der persönlichen Schuld als auch in Ansehung der Hypothek abzugeben und durch die eine oder andere Art der Abfassung die Vollstreckbarkeit der Urkunde auf das Mobiliarvermögen oder auf das Immobiliarvermögen (genauer gesprochen: das verpfändete Grundstück) des Schuldners einzuschränken. Nicht möglich ist die Aufnahme einer Unterwerfungsklausel bei Hypothek- und Grundschuldbestellungen für Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 1187, 1195 BGB.) und bei Maximalhypotheken (§ 1190); auch eine Klausel nach § 800 ZPO. ist in solchen Fällen ausgeschlossen. Hingegen ist bei Sicherungshypotheken für Wechsel und indossable Papiere (§ 1187 BGB.) und bei Sicherungshypotheken für festbestimmte Forderungen (§ 1184 BGB.) sowie bei Eigentümergrundschulden die Aufnahme einer Unterwerfungsklausel zulässig. — **b)** *Merckens, DNotV. 05 546/547. Die Urkunde, in der eine Höchstbetragshypothek bestellt wird, lautet nicht über eine bestimmte Geldsumme. Die Bestimmtheit wird auch nicht dadurch erreicht, daß bei der Bestellung einer solchen Hypothek zum Zwecke der Kreditsicherung vereinbart wird, daß sich der Hypothekenbesteller für denjenigen Betrag der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfe, der sich ausweislich eines notariell beglaubigten Auszugs aus den Büchern des Kreditgebers bei Beendigung des Kreditverhältnisses als Guthaben des Kreditgebers herausstellen werde, so daß der Kreditgeber für dieses Guthaben eine vollstreckbare Ausfertigung zu verlangen berechtigt sei; denn zur Bestimmung der Geldsumme reicht der Hypothekenakt immer noch nicht aus, es muß noch eine andere Urkunde, der Rechnungsauszug, hinzukommen. Außerdem ist eine vollstreckbare Höchstbetragshypothek deshalb unmöglich, weil die Fassung des obigen Paragraphen verlangt, daß der Anspruch zu der Zeit, wo die Urkunde ausgestellt wird, bereits besteht, was bei der Höchstbetragshypothek ihrem Wesen entsprechend nicht der Fall ist.

3. **a)** **RG.** R. 05 284, MecklZ. 23 242. Auch eine Urkunde, die in Gegenwart des Notars vom Unterzeichner nur durchgelesen und von ihm genehmigt ist, ist eine vom Notar aufgenommene. Daß die aufgenommenen Erklärungen vor dem Notar mündlich abgegeben sind, ist nicht erforderlich. — **b)** SeuffBl. 05 746 (LG. I München). Die Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Nr. 5 setzt eine Bestimmtheit der Geldsumme voraus. Dazu genügt es, wenn die Summe sich rechnungsmäßig aus der Urkunde feststellen läßt, die summenmäßige Angabe ist nicht erforderlich.

4. BayRpflZ. 05 515 (München). Die Urkunden des § 794 Nr. 5 bilden einen Vollstreckungstitel nur bezüglich der im Urteil bezeichneten Geldsumme 2c. Sie stellen aber keinen Titel als Voraussetzung einer Kostenfestsetzung (§ 104) dar.

5. DJZ. 05 1015, R. 05 683, SeuffBl. 05 99 (BayObLG.) vgl. JDR. 3 § 794 Nr. 3 c, betr. Zulässigkeit der Klage trotz Vorhandenseins einer vollstreckbaren Urkunde.

Abs. 2. *Walter a. a. O. Die Zustimmung eines Ehemanns zur Aufnahme einer Hypothekurkunde, in welcher die Ehefrau sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft, enthält die Erklärung der Duldung der Zwangsvollstreckung seitens des Ehemanns in sich.

§ 795. SeuffBl. **05** 439 (BayObLG.). Für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu einer Urkunde aus § 794 Ziff. 5 sind für den Notar nur die Vorschriften der ZPO. maßgebend. Die Entscheidung darüber, ob eine spätere einseitige Erklärung des Schuldners und ihre Einschreibung im Hypothekenbuche der Gläubigerin gegenüber Rechtswirksamkeit äußern kann, steht nicht dem Notariat, sondern nur dem Prozeßgericht zu.

§ 796. OLG. **11** 107, R. **05** 595 (Dresden). Im Verhältnis der Parteien zu einander kann die materielle Rechtswirkung, die dem rechtskräftigen Vollstreckungsbefehle (§ 700) ebenso wie dem rechtskräftigen Urteile zukommt, durch Vereinbarung der Parteien, wie nachträglich, so auch im voraus beseitigt werden. Der Geltendmachung einer solchen Vereinbarung steht § 796 deshalb nicht entgegen, weil der Vertrag mit der Erlassung des Vollstreckungsbefehls erst wirksam wird.

§ 797. Avril, JustdRundsch. **05** 119. Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher Urkunden ist entsprechend dem klaren Wortlaute des § 797 stets von dem Gerichtsschreiber desjenigen Gerichts zu erteilen, welches die Urkunde tatsächlich „aufgenommen" hat. Vgl. a. a. O. die Gegenüberstellung der gegenteiligen Meinungen. — Ebenso LG. Nürnberg, JustdRundsch. **05** 333 für den Alimentenvergleich mit Klausel gemäß § 794 Abs. 1 Ziff. 5. Abw. LG. München I, JustdRundsch. **05** 379.

§ 800. 1. *Walter, BayNotZ. **05** 40 ff. Die Vollstreckbarkeit des dinglichen Anspruchs gegen den Rechtsnachfolger aus einer gemäß § 794 Ziff. 5 aufgenommenen Urkunde ist zufolge § 795 im § 800 ausschließlich und erschöpfend geregelt, es geht nicht an, daneben noch auf §§ 727 und 325 zurückzugreifen. Die Unterwerfung mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer nach § 800 ZPO. begründet ein dingliches Recht des Gläubigers, das zu dem Hypothekenrechte als ein die Befriedigung aus dem Grundstücke erleichterndes Nebenrecht hinzutritt (BayObLG. **2** 576, **3** 440). Die Bewilligung der Eintragung einer Vollstreckungsklausel nach § 800 enthält eine Verfügung über das Grundstück durch Bestellung einer dinglichen Last und es ist deshalb bei der allgemeinen Gütergemeinschaft hierzu die Zuziehung der Ehefrau, bei fortgesetzter Gütergemeinschaft die Zuziehung der Abkömmlinge erforderlich. Zufolge der dinglichen Natur der Unterwerfung kann das Gläubigerrecht nach § 873 BGB. nur durch Einigung und Eintragung begründet werden; doch kann die Einigung formlos der Eintragung der Vollstreckungsklausel nachfolgen (BayObLG. **4** 150). Bei Umwandlung einer Hypothek in eine Eigentümerhypothek verliert die Klausel des § 800 nicht ihre Wirkung. Verheiratet sich eine Schuldnerin, welche vorher eine Unterwerfungsklausel im Sinne des § 800 abgegeben hat, und tritt durch die Verheiratung ein die Verfügungsfreiheit der Ehefrau einschränkender Güterstand ein, so ist die Erteilung einer Vollstreckungsklausel gemäß § 742 gegen den Ehemann einerseits nicht möglich, andererseits aber auch nicht erforderlich; der Eintritt des einschränkenden Güterstandes nach der Eintragung der Klausel in das Grundbuch ist ein Fall des § 878 BGB.; hiernach wirkt die Klausel, wenn sie einmal eingetragen ist, kraft der bewirkten Eintragung gegen die Schuldnerin schlechthin ganz ohne Rücksicht auf später eingetretene eheherrliche Rechte. Die Einschränkungen, welchen nach §§ 2014 und 2015 BGB. mit §§ 778 und 782 die Zwangsvollstreckung gegen den Erben unterliegt, finden im Falle des § 800 keine Anwendung. Unzulässig ist die bloße Verweisung auf die Eintragungsbe-

willigung statt der Eintragung der Klausel im Grundbuch; doch ist deshalb nicht erforderlich, die Klausel mit allen Einzelheiten einzutragen; vielmehr ist die Verweisung auf die Eintragungsbewilligung statt der Angabe des näheren Inhalts der Klausel zulässig (OLG. **7** 354 [KG.]).

2. JustdRundsch. **05** 313 (LG. München I). Die Unterwerfungserklärung im Sinne des § 800 ist allerdings erst eintragungsfähig, wenn das Grundbuch angelegt ist und sie muß zu einer unter der Herrschaft des Grundbuchrechts wirksamen, übergeleiteten oder neurechtlich bestellten Hypothek abgegeben sein. Mit der Umwandlung einer früher bestellten Hypothek in eine des neuen Rechtes ist dann aber auch die zu ihr abgegebene Unterwerfungserklärung eintragungsfähig geworden.

§ 801. Literatur: Burghart, Streifzüge aus dem Gebiete der Zwangsvollstreckung in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit, bes. in Bayern, JustdRundsch. **05** 340.

Burghart behandelt die landesgesetzlichen Vollstreckungsmaßregeln auf dem Gebiete der freiw. Gerichtbarkeit, insbes. auf dem Gebiete des Vormundschafts- und Erbrechts.

Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 803 (887). **a)** *Meyer, BuschsZ. **35** 229. Urteile auf Geldzahlung sind nach §§ 803 ff. zu vollstrecken, und es fehlt an jedem Grunde, mit Gaupp-Stein hiervon die Zahlungen an Dritte oder zur Hinterlegungsstelle auszunehmen, und diese als Handlungen nach § 887 zu vollstrecken. Lautet allerdings ein Urteil auf Befreiung, Bewirkung einer Löschung oder Sicherheitsleistung, so ist dies nach § 887 zu vollstrecken, weil der Schuldner nicht notwendig durch Zahlung von Geld dem Urteile nachzukommen braucht, andererseits ein Dritter durch Geldzahlung das bewirken kann, was der Schuldner bewirken soll. — **b)** FrankfRundsch. **05** 159 (Frankfurt). Ein Urteil auf Zahlung an einen Dritten ist nach § 887, nicht nach §§ 803 ff. zu vollstrecken. — Ebenso Gaupp-Stein Note 1 vor § 803, Petersen-Anger § 887 Anm. 2, Staub, WO. Anm. 10 zu Art. 26, BuschsZ. **23** 186. — **c)** SächsOLG. **26** 368. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 803 oder § 887 zu vollstrecken ist. Ein Urteil auf Hinterlegung zum Zwecke der Zahlung nach §§ 1281, 372 BGB. ist, als über eine Geldforderung lautend, nach § 803 zu vollstrecken.

§ 804. **RG. 60** 70. Ein Pfändungspfandrecht, das sich auf eine bei Vornahme der Pfändung dem Schuldner nicht gehörige Sache bezieht, wird wirksam in dem Augenblicke, in dem der Schuldner Eigentum an der Sache erwirbt.

§ 805. Literatur: Brückner, Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters im Streite mit den (nachstehenden) Ansprüchen eines Pfändungspfandgläubigers, insbesondere Art und Zeit seiner Geltendmachung, R. **05** 180 ff. — Metzges, Das Vermieterpfandrecht gegenüber der Zwangsvollstreckung, GruchotsBeitr. **49** 495.

1. (Vgl. zunächst o. § 561 BGB. Ziff. 2.) — **a)** Metzges gelangt nach eingehender Auseinandersetzung zu folgenden Rechtssätzen: Das Vermieterpfandrecht geht infolge der Pfändung seitens eines Dritten und der Fortschaffung seitens des Gerichtsvollziehers nicht unter, erreicht vielmehr erst mit dem öffentlichen Verkauf sein Ende, selbst dann, wenn der Vermieter der Fortschaffung nicht widersprochen hat. Die Ansprüche des Vermieters an den Pfandgläubiger, insbesondere der Anspruch auf den Erlös § 805 ZPO., sind an die einmonatige Frist des § 561 Abs. 2 BGB. nicht gebunden. — **b)** Ebenso Liepmann, DJZ. **05** 299,

Kiefe, DJZ. 03 175, Goldmann-Lilienthal 573, Brückner, R. 05 180, LG. Hamburg, HansGZ. 24 Beibl. 5 (vgl. auch JDR. 1 § 805 Nr. 2, 3 § 805 Nr. 1). Ebenso HessRspr. 6 85 (Darmstadt). Der Unterschied zwischen § 561 BGB. und § 805 ZPO. liegt darin, daß ersterer ein Widerspruchsrecht des Vermieters gegen die Entfernung der dem Mieter gehörigen Sachen voraussetzt, während letzterer ein solches Widerspruchsrecht geradezu ausschließt. — c) Kraus, BayRpflZ. 05 172. Der Vermieter, der sein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse dem Pfändungspfandgläubiger gegenüber geltend machen will, ist damit an die Frist des § 561 Abs. 2 BGB. nicht gebunden. Die Klage kann so lange erhoben werden, als das Vollstreckungsverfahren noch nicht beendet ist. Der Vermieter hat aber, selbst wenn der Versteigerungserlös an den Pfändungsgläubiger bereits ausgezahlt ist, gegen diesen unter Umständen einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung oder einen Schadensersatzanspruch aus § 823 BGB. und kann diese Ansprüche, wenn bereits Klage auf vorzugsweise Befriedigung erhoben ist, in dem schwebenden Prozesse gemäß § 268 Ziff. 3 geltend machen. — d) Brückner. S. o. § 561 BGB. Ziff. 1.

2. Abs. 4. *Neumiller, BayRpflZ. 05 116. Der prozeßgerichtliche Weiterhinterlegungsbeschluß ist dem Gerichtsvollzieher, nicht dem Vollstreckungsgericht oder der Hinterlegungsstelle vorzulegen.

§ 807. Literatur: Burghart, Was hat der Schuldner bei Leistung des Offenbarungseides in seinem Vermögensverzeichnis anzugeben? JustdRundsch. 05 296.

1. LG. Stendal, NaumburgAK. 05 28, JustdRundsch. 05 219. Als Nachweis der erfolglosen Pfändung genügt die gemäß § 55 GerVollz. GeschAnw. dem Gläubiger gemachte Mitteilung über den Ausfall der Pfändung. Es bedarf nicht der Vorlegung des Pfändungsprotokolls. AM. Gaupp-Stein (6/7) Anm. zu § 807, Petersen-Remelé-Anger ebenda Anm. 2.

2. Eidespflicht des als Schuldner verurteilten Ehemanns. a) Burghart. Der Schuldner hat auch das unbewegliche und bewegliche Vermögen anzugeben, das dem Zugriff der Gläubiger nicht unterliegt; diese Regel dürfte jedoch eine Ausnahme erleiden, wenn ein Vermögensrecht durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift unter allen Umständen der Pfändung entzogen ist. Das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehemanns ist von diesem in sein Vermögensverzeichnis nicht mit aufzunehmen. — AM. LG. München I a. a. O. — b) OLG. 11 190, SchlHolstAnz. 05 340 (KG.). Der Ehemann ist als Schuldner freilich nicht verpflichtet, das Stammvermögen seiner Ehefrau, an dem ihm die Nutznießung zusteht, vollständig offenzulegen, er muß aber die Einkünfte, die ihm aus diesem Vermögen zufallen und die ihm, soweit ihm bekannt, auch für die Zukunft bevorstehen, eidlich so genau spezifizieren, daß der Gläubiger prüfen kann, ob eine Zwangsvollstreckung in diese Einkünfte zulässig und lohnend ist.

3. Eidespflicht des Ehemanns, der die Zwangsvollstreckung ins Eingebrachte zu dulden hat. — a) OLG. 10 378, DJZ. 05 823, R. 05 284, MecklZ. 23 244 (Rostock). Der Ehemann, der zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte verpflichtet ist, muß auch hinsichtlich desselben den Offenbarungseid leisten. — Dagegen: b) Mantey, R. 05 365. Der zur Duldung der Vollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilte Mann ist zur Leistung des Offenbarungseids hinsichtlich des eingebrachten Gutes nicht verpflichtet. Mit einem Schuldtitel gegen die Frau aus § 739 versehen, müssen die Gläubiger gegen den Mann auf Auskunftserteilung aus §§ 1374, 260 BGB. klagen und, falls Grund zu der Annahme besteht, daß das von ihm alsdann geleistete Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, fernere Klage gegen den Mann auf Leistung des Offenbarungseids erheben (§ 260

Abs. 2 BGB.). Die Vollstreckung des ergehenden Urteils hat alsdann gemäß § 888 zu erfolgen.

4. Eidespflicht des Erben. — OLG. **11** 108, BreslauAK. **05** 39, R. **05** 595 (Breslau). Die ZPO. kennt, abgesehen von dem Falle der §§ 833ff., keinen Offenbarungseid über einzelne Vermögensteile oder Sondervermögen, läßt vielmehr nur den Eid aus § 807 über das gesamte Vermögen des Schuldners zu. Der Gläubiger kann also von dem unter Vorbehalt der beschränkten Haftung verurteilten Erben nicht in der Zwangsvollstreckung den Offenbarungseid über den gegenwärtigen Stand des Nachlasses des Erblassers fordern. Einen Eid über diesen Vermögensbestandteil kann der Gläubiger nur auf dem durch § 2006 BGB. vorgezeichneten Wege herbeiführen.

5. Arrest als Grundlage des Offenbarungseids? — **a)** Die Streitfrage, ob auch auf Grund eines Arrestbefehls die Leistung des Offenbarungseids verlangt werden kann — vgl. JDR. **1** § 807 Nr. 1, **3** § 807 Nr. 1b —, ist auf Grund des § 935 bejaht mit ausführlicher Begründung vom SächsOLG. **26** 182, NaumburgAK. **05** 5, RheinARV. **23** 42 (Dresden). Ebenso ferner außer den a. a. O. zitierten Schriftstellern und Gerichten: LG. Gießen (bestätigt vom OLG. Darmstadt) NaumburgAK. **05** 30, LG. Dresden, WenglersA. (nF.) **11** 459, Berlin I (s. Lisiecki-Drewes 59). — OLG. Dresden a. a. O. Zur Durchführung des Offenbarungseidsverfahrens genügt, wenn die Ladung innerhalb der Frist des § 929 Abs. 2 erfolgt und das Verfahren ohne Unterbrechung fortgesetzt ist, denn das Offenbarungseidsverfahren stellt eine einheitliche Vollstreckungshandlung dar. — **b)** Verneint KGBl. **05** 70, R. **05** 533 (KG.). Die Vorschrift des § 930, daß die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen durch Pfändung bewirkt werde, ist eine „erschöpfende". Der Gläubiger kann nicht außerdem die Ableistung des Offenbarungseids vom Schuldner verlangen.

6. *Neumann-Breslau, R. **05** 75. Es ist nur als ein nobile officium, nicht aber als eine gesetzliche Verpflichtung des Vollstreckungsrichters anzusehen, daß er das Vermögensverzeichnis im Offenbarungsverfahren mit dem Schuldner im einzelnen durchgeht und prüft.

II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§ 808. 1. **RG.** JW. **05** 234, R. **05** 284, billigt die in Übereinstimmung mit § 57 PrGeschAnw. für die Gerichtsvollzieher stehende Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Pfändungsmarke so angebracht sein müsse, daß sie „in die Augen falle" und für „jeden Dritten" erkennbar sei.

2. BadRpr. **05** 89 (Karlsruhe). Der Gerichtsvollzieher ist Besitzer (§ 854 BGB.), der Gläubiger mittelbarer Besitzer der gepfändeten Sachen. Näheres o. zu § 861 BGB.

3. LG. Augsburg, JustdRundsch. **05** 378. (§ 82 BayGerVollzGeschAnw.) Der Gerichtsvollzieher darf sich durch die Einwendung des ihm vom Gläubiger genau bezeichneten Schuldners, er sei nicht der richtige Schuldner, von der Vornahme der Zwangsvollstreckung nicht abhalten lassen.

4. LG. I Berlin, KGBl. **05** 103 (Beschlüsse der 4. und 9. ZK.). — a) Die Pfändung von im Eigentume des Pfändungsgläubigers stehenden Sachen besteht so lange zu Recht, als der Gläubiger sein Eigentum nicht geltend macht. Der Gläubiger hat die Wahl, entweder sein Eigentum geltend zu machen und auf sein Pfandrecht zu verzichten oder unter Aufrechterhaltung der Pfändung von der Geltendmachung der ihm als Eigentümer zustehenden Ansprüche abzusehen. — b) Allerdings können Eigentum und Pfandrecht an derselben Sache für dieselbe Person nebeneinander nicht bestehen, aber dadurch, daß der Eigentümer einer im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sache den Auftrag zur Zwangsvoll-

streckung in die Sache gibt, läßt er zugleich erkennen, daß er mit dem Erwerbe des Pfandrechts sein Eigentum aufgeben wolle, so daß mit dem Zeitpunkte des Überganges des Besitzes auf den Gerichtsvollzieher infolge der bewirkten Pfändung das Eigentum des Gläubigers daran erlischt.

§ 809. 1. *Burghart, JustdRundsch. **05** 132 ff. Befindet sich eine Sache in gemeinschaftlichem Gewahrsam des Schuldners und eines Dritten, so darf sie nur mit Zustimmung des Dritten gepfändet werden. Durch die Zustimmung wird auf das Besitzrecht schlechthin nicht verzichtet. An Gegenständen der wirtschaftlich selbständigen Kinder, die mit dem Vater einen gemeinsamen Haushalt führen, hat der Vater nur den Mitgewahrsam.

2. Josef, GruchotsBeitr. **49** 760. Kinder, Zöglinge, Gebrechliche, die von den Fürsorgepflichtigen „in Pension gegeben" werden, haben keinen Besitz an dem ihnen zugewiesenen Wohn- und Schlafraume. Diese Personen sind unselbständige Hausgenossen des Wohnungsinhabers. Der Gerichtsvollzieher darf deshalb zwecks Beitreibung gegen den Pensionsgeber auch das dem Pensionär überlassene Zimmer durchsuchen und die in diesem befindlichen Sachen pfänden.

3. Jacobi, DJZ. **05** 1002. Ist mangels Einwilligung des Drittbesitzers in die Mobiliarpfändung der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe für einen Gläubiger gepfändet und überwiesen, dann mit Einwilligung des Drittbesitzers für einen anderen Gläubiger die Sache selbst gepfändet, so geht bei Verteilung des Versteigerungserlöses der erstbezeichnete Gläubiger vor. Die abweichende Ansicht des **RG. 13** 344 und Gaupp-Steins (5) II 612 zu § 847, die den zweitbezeichneten Gläubiger vorgehen läßt, — da nicht vor seiner Mobiliarpfändung der Drittschuldner die Sache an den Gerichtsvollzieher herausgegeben habe, für den erstbezeichneten Gläubiger also ein Pfandrecht an der Sache noch nicht entstanden gewesen sei — läßt das in dem Pfändungsbeschluß enthaltene gerichtliche „Veräußerungsverbot" (das „Arrestatorium") außer acht (§§ 829 Satz 1, 846 ZPO.). Die Erklärung des Drittbesitzers gegenüber dem Gerichtsvollzieher, zur Herausgabe der Sache bereit zu sein, ist eine „Verfügung" und, als gegen das Veräußerungsverbot verstoßend, dem Anspruchspfandgläubiger gegenüber unwirksam (§§ 135 Satz 2, 137 BGB.).

4. LG. I Berlin (9. ZK.), KGBl. **05** 103. In Abweichung von der früheren Praxis nimmt das LG. an, daß der Gerichtsvollzieher auch dann zur Abholung der gepfändeten Sachen ohne Einwilligung des Dritten nicht berechtigt ist, wenn die Sachen erst nach der Pfändung in den Besitz des Dritten gelangt sind.

§ 810. Im Gegensatze zu Gaupp-Stein führt Weirauch, DJZ. **05** 358, aus, daß das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an den Früchten des Pachtguts zwar erst mit der Trennung der Früchte entstehe, daß aber seine Entstehungszeit zurückdatiert werde auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Pachtvertrags, also allen nach diesem Zeitpunkt und vor der Trennung nach § 810 entstandenen Pfandrechten vorgehe.

§ 811. I. Allgemeines. 1. **a)** ElsLothZ. **05** 33 (Colmar). Da die Unpfändbarkeit im § 811 nicht nur im Interesse des Schuldners, sondern auch im öffentlichen Interesse angeordnet ist, so entbehrt ein vor der Pfändung erklärter allgemeiner Verzicht auf die Unpfändbarkeit der rechtlichen Wirkung. — Abw. **b)** BayRpflZ. **05** 59 (München). Nur in den Fällen der Ziff. 7 und 8, in denen das öffentliche Interesse überwiegend in Frage kommt, ist das Pfändungsprivileg unverzichtbar, in den Fällen der Ziff. 1 und 6 ist es verzichtbar. Erforderlich ist aber eine Verzichterklärung, die erkennen läßt, daß der Schuldner sich bewußt ist, daß er auf ein Recht und auf welches er verzichte. Die Prüfung der Verzichtserklärung muß mit besonderer Vorsicht dann vorgenommen werden, wenn sie schon vor der Pfändung stattgefunden hat, da der

Schuldner dann häufig noch nicht imstande ist, zu beurteilen, wie sich seine wirtschaftliche Lage im Augenblicke der Pfändung gestalten wird.

2. SeuffA. **60** 81, OLG. **10** 378, R. **05** 371 (Marienwerder). Eine Pfändung gegen §§ 811, 850 ist nicht nichtig, sondern nur anfechtbar; denn: der Gerichtsvollzieher darf sie nicht einseitig wieder aufheben, er muß trotz objektiven Vorhandenseins der Pfändungsbeschränkungen die Gegenstände pfänden und verkaufen, wenn der Schuldner sie für entbehrlich erklärt. Auch solcher Pfändung steht der strafrechtliche Schutz des § 137 StGB. zur Seite (**RG.** [Strafs.] **19** 165). Der Gläubiger ist deshalb durch den Erlös der trotz § 811 gepfändeten und versteigerten Sachen nicht ungerechtfertigt bereichert.

II. Nr. 1. *Burghart, JustdRundsch. **05** 132. Wirtschaftlich von ihren Eltern unabhängige Kinder gehören nicht zum Hausstande der Eltern und können daher, wenn die Eltern Schuldner sind, die Rechte nach § 811 nicht in eigenem Namen verfolgen.

III. Nr. 4. Salinger, DJZ. **05** 737, erörtert das Verhältnis des § 811 Ziff. 4 zum § 865 Abs. 2. Wird dem Grundstückseigentümer gehöriges Vieh oder Wirtschaftsgerät gepfändet, so ist die Pfändung nach § 865 Abs. 2 unzulässig, soweit diese Gegenstände Zubehör des Grundstücks sind. Nach § 811 Ziff. 4 würde der Grundstückseigentümer nur Freigabe des zum Wirtschaftsbetrieb erforderlichen Inventars erlangen können. — Der Pächter kann sich als Schuldner bei Pfändung des ihm gehörigen Inventars nicht auf § 865 Abs. 2 berufen, da § 865 Abs. 2 nur die Pfändbarkeit des der Hypothekenhaftung unterworfenen, d. h. dem Grundstückseigentümer gehörigen (§ 1120 BGB.) Zubehörs ausschließt (§ 865 Abs. 1). Der Pächter kann sich nur auf § 811 Ziff. 4 stützen.

IV. Nr. 5. 1. Im allgemeinen. — **a)** LG. München II, JustdRundsch. **05** 315. Der Schutz des § 811 Ziff. 5 bezieht sich — trotz der von Ziff. 2 abweichenden Fassung — auf den Schuldner, nicht auf dritte Personen. Der Schuldner kann sich deshalb auf § 811 Ziff. 5 nicht berufen, wenn eine ihm gehörige Sache, die in dem von seiner Ehefrau betriebenen Geschäfte verwendet wird, gepfändet wird. Denn sie ist dann nicht zur persönlichen Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit unentbehrlich. — **b)** JustdRundsch. **05** 275, SeuffBl. **05** 213 (Bamberg). Ein zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit dienlicher Gegenstand ist nicht deshalb wegen Unentbehrlichkeit unpfändbar, weil die gleichartigen im Besitze des Schuldners befindlichen Gegenstände, die jenen zu ersetzen vermögen, mit dem Eigentumsvorbehalte für einen Dritten belastet sind. — Abw. LG. I München, SeuffBl. **05** 130. — **c)** OLG. **11** 109, **05** 595 (Frankfurt). Ist der Schuldner ein Kind, so gehören zu den zur „persönlichen" Fortsetzung der Erwerbstätigkeit für den Schuldner unentbehrlichen Gegenständen auch diejenigen, die für den gesetzlichen Vertreter des Kindes zur Fortsetzung seiner namens des Kindes auszuübenden Erwerbstätigkeit unentbehrlich sind.

2. Persönliche Leistungen. **a)** SächsOLG. **26** 87, OLG. **10** 380, R. **05** 371. Einem selbständigen Gewerbetreibenden sind die zum persönlichen Betriebe des Gewerbes, einem Gewerbegehilfen die zur Ausübung der Gehilfentätigkeit als solcher notwendigen Gegenstände zu belassen. — **b)** Conrades, R. **05** 162. Maschinen, die nicht von einem Menschen allein bedient werden können (z. B. Dreschmaschinen), sind nicht vor der Pfändung geschützt. Das Gesetz hat nur einen Gewerbebetrieb im Auge, den man persönlich, d. h. ohne fremde Hilfe, fortsetzen kann. — Ob die Hilfe von dem Eigentümer oder von dem, für den dieser mit seiner Maschine arbeitet, gestellt wird, ist rechtlich belanglos. Die Maschine ist pfändbar, sobald mehr als ein Mensch zu ihrer Bedienung erforderlich ist, sie ist dann zur persönlichen Fortsetzung der Arbeit für ihren Besitzer ungeeignet und deshalb dafür nicht unentbehrlich. — **c)** Hier=

her gehörig. LG. München II, JustdRundsch. 05 314. Für einen sein Gewerbe persönlich ausübenden Lohnkutscher sind zwei Pferde, ein Coupé und ein Phaeton unentbehrlich, daher unpfändbar. — d) Nicht hierher gehörig. OLG. 10 379, R. 05 371 (KG.). Die von einem Maurermeister zum Absteifen verwendeten Balken, Träger ꝛc. sind pfändbar, da er diese Arbeiten nicht selbst vornimmt. — e) R. 05 371 (Jena). Das Vermieten eines möblierten Zimmers ist keine persönliche Leistung im Sinne des § 811 Ziff. 5. Die Möbel des Zimmers sind daher durch diese Vorschrift nicht vor der Pfändung geschützt. Vgl. JDR. 3 § 811 III 3 d.

Zu §§ 814 ff. Literatur: M. Wolff, Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache (1905) 6–11.

*M. Wolff. Ist eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache gepfändet und durch Zwangsvollstreckung veräußert, so erlangt der Erwerber das Eigentum, wenn er in Ansehung des Pfandrechts gutgläubig ist, wenn außerdem die Vorschriften der §§ 814 Satzteil 1, 816 Abs. 4, 820 Satz 2, 821 ZPO. erfüllt sind und endlich entweder die Vorschriften der §§ 816 Abs. 3, 818, 820 Satz 1, 824 ZPO. erfüllt sind oder der Erwerber sie ohne grobe Fahrlässigkeit für erfüllt hält.

§ 815. 1. SächsOLG. 26 334. Im § 815 Abs. 3 ist der Empfangnahme des Geldes oder des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher nur die gleiche liberierende Wirkung für den Schuldner wie der unmittelbaren Zahlung des letzteren an den Gläubiger beigelegt, dagegen keineswegs eine Gleichstellung jenes Geldempfanges mit der letzterwähnten Zahlung auch hinsichtlich der Anfechtbarkeit ausgesprochen.

2. Gegen Oertmann, AČivPrax. 96 42 ff., M. Wolff in der zu §§ 814 ff. genannten Schrift 22 f. Vgl. JDR. 3 § 771 IV.

§ 827. Vonschott, DJZ. 05 853. Zwischen mehreren gleichzeitig pfändenden Gläubigern besteht eine Gemeinschaft (§ 741 BGB.). Da der Entstehungsgrund der Gemeinschaft die gleichzeitige Pfändung ist, die in gleicher Weise für die mehreren Gläubiger vorgenommen wird, die Höhe der einzelnen, den Pfändungen zugrunde liegenden Forderungen aber ohne Einfluß auf diesen Entstehungsgrund ist, so stehen den Teilhabern der Gemeinschaft gleiche Anteile zu. Gegen § 70 Abs. 3 der PrGerVollzGeschAnw. v. 1. 12. 99 und Gaupp-Stein zu § 827 ist deshalb anzunehmen, daß der Versteigerungserlös nicht nach dem Verhältnisse der beizutreibenden Forderungen, sondern zu gleichen Teilen zu verteilen ist. Dagegen Stein, DJZ. 05 949. Das Pfändungspfandrecht ist wie das Vertragspfand ein akzessorisches, d. h. zur Sicherung einer Forderung bestimmtes, und von dieser Forderung abhängiges Recht und wird deshalb bei gleichzeitiger Pfändung nicht für mehrere Gläubiger, sondern für mehrere Forderungen begründet. — Ebenso Schönfeld, R. 05 561.

III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

§§ 828 ff. Rothbauer, JustdRundsch. 05 68 f. Die für einen Akt der Zwangsvollstreckung nach §§ 828 ff. ZPO. — Forderungspfändung — erwachsenen Gerichtskosten können vom Schuldner der Hauptsache für die Staatskasse angefordert und beigetrieben werden.

§ 829. 1. SächsA. 15 123 (Dresden). Die gepfändete Forderung muß im Pfändungsbeschlusse so genau bezeichnet sein, daß über ihre Identität objektiv kein Zweifel sein kann.

2. *Neumiller, BayRpflZ. 05 117 ff. In Bayern ist für die Pfändung von Depositalansprüchen die amtsgerichtliche Hinterlegungsstelle als gesetzliche Vertreterin des Drittschuldners (Kgl. Bay. Staatsärars) Zustellungsempfängerin; da

die selbständige Rechtspersönlichkeit der Kgl. Bay. Bank neben dem Staatsärar zweifelhaft ist, empfiehlt sich insoweit Beschränkung der Drittschuldnerbezeichnung auf „Kgl. Bay. Bank“ ohne weiteren Beisatz außer als „Hinterlegungsstelle“.

3. BraunschwZ. **05** 155 (Braunschweig). Ist der Anspruch des Schuldners gegen den Drittschuldner auf Zahlung des Mietzinses gepfändet, so schließt das gegen den Schuldner gerichtete Verbot, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten, doch nicht aus, daß der Schuldner den Mietvertrag kündigt.

4. Schönfeld, R. **05** 10, führt gegen Brandis — JDR. **3** § 829 II 4 — aus, auch mit der durch Ersatzzustellung bewirkten Zustellung des Pfändungsbeschlusses gelte die Pfändung einer Forderung als bewirkt, es müßten deshalb — ebenso wie nach § 132 BGB. — alle Wirkungen der Pfändung auch mit der Ersatzzustellung eintreten, der Drittschuldner, der in Unkenntnis der Ersatzzustellung an den Schuldner zahle, werde dem Pfändungsgläubiger gegenüber nicht von seiner Schuld befreit. — Ebenso OLG. **11** 185 (Hamburg).

§ 830. 1. OLG. **11** 111, R. **05** 596, PosMSchr. **05** 186 (KG.). Besitzt der Schuldner selbst den Brief, so kann der Gläubiger ihn im Zwangswege auf Grund des Pfändungsbeschlusses dem Schuldner wegnehmen. Befindet sich aber der Brief in Händen eines zur Herausgabe nicht bereiten Dritten, so wird die Übergabe nicht schon durch die Überweisung der Forderung ersetzt, denn diese steht einer Abtretung nicht gleich (vgl. Seuffert § 847 Anm. 2), vielmehr bleibt dem Gläubiger nur übrig, den Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe pfänden und sich überweisen zu lassen. Erfolgt auf Grund dieses Beschlusses die Herausgabe nicht freiwillig, so muß der Gläubiger gegen den Dritten erst auf Herausgabe des Briefes klagen. Dies gilt auch, wenn der Staat durch das Grundbuchamt Besitzer des Briefes ist.

2. PosMSchr. **05** 150 (Königsberg). Die zur Pfändung einer Briefgrundschuld erforderliche Übergabe des Briefes kann nicht dadurch ersetzt werden, daß der Pfändungsgläubiger den Anspruch des Grundschuldgläubigers gegen einen im Besitze des Briefes befindlichen Dritten auf Herausgabe des Briefes pfänden und sich zur Einziehung überweisen läßt.

3. Bei Erlöspfändung in der Zwangsversteigerung ist keine Briefwegnahme nötig, s. u. Ziff. 2 zu § 107 ZVG.

§ 831. 1. LG. Königsberg, PosMSchr. **05** 74. Der Anspruch aus einem in blanco akzeptierten Wechsel gegen den Akzeptanten ist keine Forderung „aus dem Wechsel“, kann also auch nicht als solcher gepfändet und überwiesen werden. Wohl aber ist dies bezüglich des gegen den Blankoakzeptanten bestehenden „Ausfüllungsrechts“ möglich. Die ZwV. in das Ausfüllungsrecht ist nach § 851 Abs. 1 unter entsprechender Anwendung der Bestimmungen über die ZwV. in Forderungen (§§ 825—856) zu bewirken. Die Pfändung des Ausfüllungsrechts erfolgt nach § 831 durch Wegnahme des Blanketts seitens des Gerichtsvollziehers (Heilfron-Pick, ZPO. II 276). Die Verwertung kann dann gemäß § 857 wie bei der ZwV. in Forderungen durch Überweisung zur Einziehung oder, da das Ausfüllungsrecht einen ziffernmäßig bestimmten Nennwert hat, auch durch Überweisung an Zahlungsstatt erfolgen. Durch die Überweisung erlangt der Gläubiger das Recht, den Blankowechsel mit seinem Namen auszufüllen, und damit die Möglichkeit, sich den in dem Blankoakzept enthaltenen Vermögenswert nutzbar zu machen.

2. (§ 844.) **RG.** JW. **05** 691, R. **05** 683. Das Pfändungspfandrecht untersteht, soweit sich nicht aus der ZPO. ein anderes ergibt, den Vorschriften des BGB. Aus der Anwendbarkeit des § 1244 BGB. ergibt sich, daß, wenn die Veräußerung des Wechsels nach § 844 nicht durch das nach § 828 Abs. 2 ZPO. zuständige Vollstreckungsgericht angeordnet ist, dies dem Erwerber des Wechsels nichts schadet, sofern er in gutem Glauben war. Vgl. § 1295 BGB.

3. Bei Erlöspfändung in der Zwangsversteigerung ist keine Briefwegnahme nötig, s. u. Ziff. 2 zu § 107 ZVG.

§ 835. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1061. Durch Pfändung und Überweisung eines Anspruchs zur Einziehung wird das Rechtsverhältnis zwischen Pfand- und Drittschuldner nicht endgültig aufgehoben. Es lebt mit der Aufhebung der Überweisung (§ 836 Abs. 3) oder mit dem Verzichte des Pfandgläubigers (§ 843) wieder auf. Der Pfandschuldner trägt auch, abgesehen von einem etwaigen Verzuge des Gläubigers (§ 842), die Gefahr des Unterganges und der Einziehbarkeit des Anspruchs. Der Pfandschuldner ist nur hinsichtlich der Ausübung seines Rechtes durch die Überweisung beschränkt. Sie hindert ihn nur, den Anspruch für sich zu realisieren (vgl. **RG.** **17** 291). Der Pfandschuldner kann jedoch Leistung an den Pfandgläubiger verlangen.

2. SeuffA. **60** 126, NaumburgAK. **05** 16 (Königsberg). Der Pfändungsgläubiger kann nicht mit Wirkung gegen den Schuldner dem Drittschuldner hinsichtlich der zur Einziehung überwiesenen Forderung Stundung gewähren. Er ist nicht Zessionar, sondern nur procurator in rem suam; alle Rechtshandlungen, die über das Einziehungsrecht (das sich auf alle in ihrer Wirkung der Zahlung gleichkommenden Rechtshandlungen mit erstreckt) hinausgehen, sind ihm versagt. — Ebenso SächsA. **15** 727 (Dresden) für Stundung und Erlaß.

§ 836. 1. **RG.** **58** 105, JW. **04** 361 — s. JDR. **3** § 836 Nr. 1 —, betr. Aufrechnungsbefugnis des Pfändungspfandgläubigers.

2. HansGZ. **05** Beibl. 279 (Hamburg). § 836 Abs. 3 betrifft nur den Anspruch auf Urkundenherausgabe gegenüber dem Schuldner, nicht die Rechte des Pfändungsgläubigers gegenüber dem Drittschuldner. Freilich kann der Pfändungsgläubiger auch von dem Drittschuldner die Herausgabe von Urkunden verlangen, wenn in Ansehung derselben für den Schuldner ein — von dem Vorlegungsanspruch des § 810 BGB. verschiedener — Herausgabeanspruch bezüglich der Urkunden begründet ist. So z. B. bei Schuldscheinen und den ihnen nach § 952 BGB. gleichgestellten Urkunden, an denen der Gläubiger Eigentum hat. Dasselbe gilt aber nicht ohne weiteres für Urkunden über gegenseitige Verträge, aus denen beide Teile Rechte herleiten und Leistungen fordern können. — Der Vorlegungsanspruch aus § 810 BGB., der ein unmittelbares Verhältnis zwischen dem Einsichtsuchenden und dem Inhalt der Urkunde voraussetzt, bildet kein Akzessorium der Forderung und kann deshalb nicht durch Abtretung oder Überweisung der Forderung mit dieser auf einen neuen Gläubiger übergehen.

§ 840. **RG.** **60** 330, JW. **05** 320, R. **05** 345. Eine Verpflichtung des Drittschuldners zur Abgabe der in Abs. 1 bezeichneten Erklärungen besteht nur, wenn die Aufforderung in die Zustellungsurkunde aufgenommen ist.

§ 844. ZBlfG. **6** 221, R. **05** 47 (KG.). Die Anordnung aus § 844 kann, wie aus der Entstehungsgeschichte des Paragraphen folgt, sogleich neben der Überweisung zur Einziehung erlassen werden. Die Überweisung zur Einziehung ist dann als in erster Linie, die Anordnung anderer Verwertung als nur eventuell erlassen anzusehen. Der Gläubiger braucht nicht auf die Rechte aus der Überweisung zu verzichten, bevor er von der ihm durch die Anordnung erteilten Ermächtigung Gebrauch macht. Dasselbe gilt, wenn die Anordnung erst nach der Überweisung erlassen wird.

§ 845. 1. LG. Mainz, HessRspr. **6** 70. Die Pfändungsbenachrichtigung verliert ihre Wirkung, wenn nach Erlaß, aber vor Zustellung des Pfändungsbeschlusses Konkurs über das Vermögen des Schuldners eröffnet wird.

2. **a)** JustdRundsch. **05** 183 (München). Das OLG. erachtet — gegen OLG. Hamm, JDR. **3** § 845 Nr. 4, jetzt auch JustdRundsch. **05** 184 — die

Benachrichtigung gemäß § 845 bereits für den Beginn der Zwangsvollstreckung, hält deshalb gegen dieselbe Einwendungen nach § 766 für zulässig. — **b)** Burghart a. a. O. erachtet diese Entscheidung theoretisch für unrichtig, begrüßt sie aber als sozialpolitisch zweckmäßig. — **c)** BadRpr. **05** 228, OLG. **11** 185, JustdRundsch. **05** 350, R. **05** 533 (Karlsruhe). Bereits die Pfändungsankündigung aus § 845 ist ein Akt der Zwangsvollstreckung, der ein Pfandrecht — wenn auch ein auflösend bedingtes — an der Forderung begründet. Gegen diese „Vorpfändung" ist die Klage aus § 771 zulässig.

3. ElsLothZ. **05** 53, DJZ. **05** 1046 (Colmar). Eine mangels Vorliegens eines wirksamen Schuldtitels unzulässige Pfändungsbenachrichtigung verpflichtet den Pfändungsgläubiger dem Pfändungsschuldner gegenüber zu Schadensersatz nach § 823 BGB. § 823 BGB. umfaßt jedenfalls dann die widerrechtliche Einwirkung auf ein obligatorisches Rechtsverhältnis, wenn zufolge besonderer Vorschrift (hier § 845 ZPO.) ein Dritter unmittelbar auf das obligatorische Recht des Gläubigers gegenüber dem Schuldner einzuwirken in der Lage ist und eine solche Einwirkung widerrechtlich stattgefunden hat. Die §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 945 finden keine entsprechende Anwendung.

4. SächsOLG. **26** 192 (Dresden). Die Privatpfändung einer Forderung und die sich anschließende gerichtliche Forderungspfändung, mit welcher dieselbe Art der Befriedigung des Gläubigers angestrebt wird, sind im Sinne des § 31 Abs. 1 RAGebO. für eine Instanz der Zwangsvollstreckung zu erachten.

§ 846. PosMSchr. **05** 98, R. **05** 504 (Posen). Auch der Anspruch auf Auflassung einer Ansiedlungsstelle (PrG. v. 26. 4. 86) ist übertragbar und pfändbar; die Ansiedlungskommission ist nur in der Lage, durch Rücktritt vom Rentengutsvertrag oder Ausübung ihres Wiederkaufsrechts die Pfändung gegenstandslos zu machen.

§ 847. 1. SeuffA. **60** 170, OLG. **10** 381, R. **05** 371 (Celle). Die Anordnung, daß die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei, ist kein wesentlicher Bestandteil des Pfändungsbeschlusses. — AM. Petersen-Anger (4) II § 847 Anm. 1, Gaupp-Stein (6/7) II Anm. 1 das., Seuffert (8) Anm. 1 das., Planck, Lehrb. d. ZPr. II 738, Wilmowski-Levy (7) Anm. 2 zu § 746 aF.

2. LG. I Berlin, KGBl. **05** 50. Die Überreichung einer Urkunde von seiten einer Partei an das Gericht begründet kein privatrechtliches Verhältnis zwischen Gericht und Partei. Der Anspruch der Partei auf Herausgabe der Urkunde unterliegt daher nicht der Pfändung.

§ 850. I. Abs. 1 Nr. 1 (zum LohnBG. v. 21. 6. 69).

Literatur: Sinzheimer, Lohnpfändung und Lohnausfall, R. **05** 36 ff.

1. **§ 1.** **a)** HansGZ. **05** Beibl. 231, OLG. **10** 385, R. **05** 504, 649 (Hamburg). Die Pfändung ausgezahlten Arbeits- oder Dienstlohns ist schon vor Ablauf des Zahltags zulässig. Nur der Anspruch auf Arbeitslohn, nicht das den Gegenstand desselben bildende Geld, ist unpfändbar. — **b)** OLG. **10** 384, R. **05** 504 (Kiel). Die Unpfändbarkeit des Dienstlohns hört auf, wenn der Vergütungsberechtigte bei Fälligkeit die Einforderung unterläßt, weil dann der Dienstlohn den Charakter kreditierten Kapitals erhält. Dem Berechtigten muß aber auch nach der Fälligkeit noch ein den Verhältnissen entsprechender Zeitraum gelassen werden, während dessen die Unpfändbarkeit bestehen bleibt, weil erfahrungsgemäß der Lohn nie vor Beendigung der Dienste und auch meist nicht sofort nach Beendigung, d. h. mit der Fälligkeit gezahlt wird, und andernfalls der Zweck des Gesetzes vereitelt wäre.

2. **§ 3.** **a)** ElsLothZ. **05** 375 (Colmar). Unter „Vergütung" ist jeder dem Berechtigten auf Grund des Arbeits- oder Dienstverhältnisses gebührende

Vermögensvorteil zu verstehen. Einen solchen stellt auch das sog. „Jahrgeld" dar. — **b**) LG. Bromberg, PosMSchr. **05** 55. „Repräsentationsspesen", die ein Brauereireisender empfängt, um damit die bei Abschlüssen im Interesse der Brauerei gemachte Zeche zu bezahlen, sind nicht als Vergütung im Sinne des § 3 LohnBG. anzusehen.

3. **§ 4.** Zu Nr. 3. **a**) LG. Nürnberg, BayRpflZ. **05** 182. Das Privileg des § 4³ steht denjenigen nicht zu, die freiwillig oder auf Grund gesetzlicher Vorschrift die dem Schuldner obliegende Unterhaltspflicht erfüllt haben und denen eine Ersatzforderung zusteht. Ein Übergang des Anspruchs des Unterhaltsberechtigten mit allen Vorzügen — also auch mit dem Pfändungsprivileg — ist nur da anzuerkennen, wo ein solcher im Gesetz ausdrücklich festgesetzt ist. — **b**) LG. Frankenthal, JustdRundsch. **05** 203. § 4 Ziff. 3 LohnBG. ist als eine Ausnahmevorschrift streng auszulegen. Hinsichtlich der Kosten eines Alimentationsprozesses einer Frau gegen ihren Ehemann ist deshalb die Pfändung nur zulässig, soweit die Lohnforderung des Schuldners 1500 M. übersteigt. Vgl. dagegen OLG. Celle, JDR. **3** § 850 I Nr. 4a. — **c**) Steiner, BayRpflZ. **05** 79. Einer in Raten zahlbaren Abfindungssumme für gesetzliche Unterhaltsbeiträge kommt das Pfändungsprivileg der §§ 850 Abs. 4 ZPO. und 4³, 4a LohnBG. nicht zugute.

Zu Nr. 4. Berechnung des pfandfreien Lohnbetrags. **a**) *Sinzheimer, R. **05** 36. Es ist nicht erforderlich, daß bei der Lohnpfändung das Jahresfixum von vornherein feststeht. Auch Lohnforderungen aus zeitlich unbestimmtem Dienstverhältnisse, bei denen die Zahlung in nicht jährlichen Raten, z. B. wöchentlich, erfolgt, sind pfändbar. Es sind in diesem Falle im Zeitpunkte der Pfändung die Wochenraten zum Jahresbetrage zusammenzurechnen. Was dann die Summe von 1500 M. übersteigt, wird auf die einzelnen Raten repartiert und in diesem Betrage gepfändet. Wenn sich dann nachträglich herausstellt, daß tatsächlich der veranschlagte Jahresbetrag nicht eingegangen ist, weil im Jahre Lohnausfall entstanden ist (durch Krankheit oder sonstige Verhinderung des Arbeiters), so ist allerdings unpfändbarer Lohn gepfändet worden. In diesem Falle ist, wenn der Pfändungsbeschluß vollzogen ist, ein Ausgleich nur auf Grund des § 816 Abs. 2 BGB. möglich. — **b**) LG. I Berlin, KGBl. **05** 111. Nach dem Sinne des § 850 Abs. 1 i. V. m. d. RGes. v. 21. 7. 69 ist der Arbeits- und Dienstlohn auch insoweit pfändbar, als er bei wöchentlicher oder monatlicher Zahlung den dem Jahresverdienst von 1500 M. entsprechenden wöchentlichen oder monatlichen Verdienst übersteigt. — Ebenso JDR. **3** § 850 zu § 4 Nr. 4a LohnBG. — **c**) LG. I Berlin, KGBl. **05** 5. In Übereinstimmung mit einem Beschlusse des KG. v. 2. 5. 02 ist anzunehmen, daß die Pfändung desjenigen Teiles eines Monatsgehalts, der 125 M. übersteigt, auch dann zulässig ist, wenn wegen Schwankens der Bezüge nicht mit Sicherheit feststeht, daß ein Jahreseinkommen von durchschnittlich mehr als 125 M. monatlich erzielt wird, wenn nur eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß ein solches Jahreseinkommen sich ergeben wird. Bleibt der Lohn allgemein hinter 125 M. monatlich zurück und ergeben nur einzelne Monate einen Überschuß, die den Fehlbetrag der früheren und auch voraussichtlich der künftigen Monate nicht decken, so kann der Mehrbetrag des einzelnen Monats nicht gepfändet werden. — **d**) OLG. **10** 386, SächsOLG. **26** 175, R. **05** 371. Der Schuldner und seine Familie haben sich damit zu begnügen, daß für ihre Gesamtbedürfnisse 1500 M. freibleiben, gleichviel, ob der Schuldner seinen Angehörigen freiwillig oder auf Grund einer Verurteilung Unterhalt gewährt. Der Schuldner kann deshalb dritten pfändenden Gläubigern gegenüber nicht geltend machen, daß bereits durch Pfändung auf Grund gesetzlicher Unterhaltsansprüche von Familien-

gliedern der pfändbare Teil des Gehalts erschöpft sei. Ist der Unterhaltsbeitrag ohne Rücksicht auf später hervortretende Forderungen Dritter festgestellt, so muß der Schuldner, wenn er infolge später auftauchender Schulden unbillig beschwert erscheint, den Prozeßrichter um Ermäßigung der Unterhaltsbeiträge angehen. ⟶ Vgl. § 323. ⟵ — e) Über die Sicherung des pfandfreien Lohnbetrags bei eintretendem Lohnausfall äußert sich Georg Meyer-Berlin, KGBl. **05** 112: α. Ist die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet, d. h. die gepfändete Forderung noch nicht gänzlich, bis auf die letzte Rate eingezogen, so kann der Schuldner gemäß § 766 unter Nachweis der Nichtübereinstimmung des wirklich vereinnahmten mit der im Pfändungsbeschlusse zunächst angenommenen Lohneinnahme die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses beantragen. Der Antrag kann gestellt werden, sobald glaubhaft gemacht werden kann, daß innerhalb des der Zustellung des Pfändungsbeschlusses folgenden Jahres der pfandfreie Betrag von 1500 M. nicht erreicht werden wird. Der Schuldner kann ferner gemäß § 766 beantragen, daß die in den nächsten Lohnperioden zur Hebung gelangenden Überschüsse über den im Pfändungsbeschlusse festgesetzten Mindestbetrag auf den Lohnausfall der früheren Periode so lange verrechnet werden müssen, bis der Fehlbetrag gedeckt ist. — β. Nach Beendigung der Zwangsvollstreckung kann der Pfändungsschuldner gemäß § 816 Abs. 2 Herausgabe des zuviel Empfangenen von dem Pfändungsgläubiger fordern. Dies Recht steht dem Schuldner, auch wenn er den Zahlungen und deren Annahme zugestimmt hat, trotz § 185 BGB. zu. Die Zustimmung ist unverbindlich, da der ganze Pfändungsakt bei Fehlen seiner objektiven Voraussetzungen aus öffentlich-rechtlichen Gründen absolut nichtig ist.

4. **§ 4a.** LG. Nürnberg, BayRpflZ. **05** 159. Das Pfändungsvorzugsrecht aus § 4a geht auf die Erben des Kindes über, da es ein privilegium causae nicht ein privilegium personae ist (vgl. SeuffA. **36** 49, OLG. **6** 423, JDR. **3** § 850 I Nr. 5b).

II. Nr. 2. R. **05** 371 (KG.). Soweit die Bezüge eines Altenteils oder die an dessen Stelle getretenen Geldbeträge nur das darstellen, was der Unterhaltsberechtigte sonst kraft Gesetzes von dem Unterhaltspflichtigen zu fordern berechtigt wäre, ist eine Pfändung der Bezüge unzulässig. — Ebenso Gaupp-Stein Anm. 2 zu § 850, III zu § 851, Seuffert Anm. 4 zu § 850.

III. Nr. 4. LG. Plauen, SächsA. **15** 546. Die Pfändung des Anspruchs des Schuldners gegen eine Ortskrankenkasse auf Zahlung von Krankengeld zugunsten des Unterhaltsanspruchs ehelicher Kinder ist trotz § 850 Abs. 1 Ziff. 4 gemäß § 56 Abs. 2 KrankVG. v. 15. 6. 85 zulässig (§ 13 EGZPO.).

IV. Nr. 5. OLG. **10** 385, R. **05** 504 (Oldenburg). Die zu Ersparniszwecken zurückgehaltenen Soldbeträge behalten den Charakter als Sold. — Ebenso JDR. **3** § 850 IVb.

§ 851. 1. **a**) Dechamps, DJZ. **05** 903. Der Bauvorschußvertrag ist ein pactum de mutuo dando. Der „Anspruch auf Hergabe der Baugelder" ist somit ein Anspruch auf Abschluß eines Darlehnsvertrags und als solcher unpfändbar. — Im Ergebnis ebenso R. **01** 231 (München), R. **03** 404 (Breslau), LG. I Berlin, KGBl. **05** 63, JustdRundsch. **05** 312. — **b**) AM. Rhein. NotZ. **02** 108 (Köln) und BayRpflZ. **05** 205 (München). — BayRpflZ. **05** 205 (München). Der Anspruch aus dem Baugeldvertrage auf Zahlung der Darlehnsvaluta ist pfändbar. Der Pfändungsgläubiger muß sich aber die Einwendungen entgegenhalten lassen, die dem Baugeldgeber gegen den Schuldner zustehen, z. B. die Einwendung, daß mangels Weiterführung des Baues z. Z. ein Anspruch nicht bestehe. — Im Ergebnis ebenso **RG.** BayRpflZ. **05** 511. Vgl. JDR. **3** § 851 III 2.

2. OLG. **10** 390, R. **05** 504 (KG.). Das Recht auf Löschung einer Hypothek ist ein Ausfluß des Verfügungsrechts über die Hypothek. Der Gläubiger kann nicht dem einen die Hypothek und einem anderen das Recht, die Löschung zu beantragen, abtreten. Aus der Unabtretbarkeit aber folgt die Unpfändbarkeit.

3. Das BadJustMin. hat BadRpr. **05** 272 darauf hingewiesen, daß der Entschädigungsanspruch wegen unschuldig erlittener Untersuchungshaft gemäß § 6 Abs. 4 RGes. v. 14. 6. 04 (RGBl. 321) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den diesen Anspruch verfolgenden Antrag, d. h. vor Ablauf der dreimonatigen Ausschlußfrist zur Erhebung der Klage (Abs. 3) oder von Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf die fristgemäß erhobene Zivilklage nicht übertragbar, deshalb auch nicht pfändbar sei, ebensowenig wie nach Maßgabe des RGes. v. 20. 5. 98 (RGBl. 345) der Entschädigungsanspruch eines im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochenen.

§ 853. LG. I Berlin, KGBl. **05** 28, JustdRundsch. **05** 186. Ist das erstpfändende Gericht ein Landgericht gewesen (das auf Grund eines Arrestbefehls eine Forderung gepfändet hat, § 930 Abs. 1), so hat die Anzeige aus § 853 an dasjenige Vollstreckungsgericht zu erfolgen, an dessen Stelle das Landgericht für die Arrestpfändung als Vollstreckungsgericht tätig geworden ist.

§ 857. Literatur: du Chesne, Die Pfändung des Zwangsversteigerungserlöses, SeuffBl. **05** 513. — Liebrecht, Ein Beitrag zur Frage, betr. die Pfändbarkeit der sog. Leihmöbel, KGBl. **05** 13.

I. Abs. 1. Stintzing, R. **05** 72. Der Berichtigungsanspruch aus § 894 BGB. hat als „beweisrechtlicher" Anspruch für sich allein keinen Vermögenswert und kann deshalb nicht für sich allein gepfändet werden.

II, Abs. 2. 1. KGBl. **05** 70, OLG. **10** 392, SchlHolstAnz. **05** 266, R. **05** 504 (KG.). Die Verwertung gepfändeter Geschäftsanteile einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung erfolgt nicht durch Einziehung, sondern durch die gemäß § 844 vom Vollstreckungsgericht — nach Anhörung des Schuldners — anzuordnende Veräußerung. — Vgl. JDR. **3** § 857 II.

2. Pfändung des Anspruchs auf den Versteigerungserlös. — **a**) BadJustMinBescheid, BadRpr. **05** 272. Für den Anspruch des Vollstreckungsschuldners im Immobiliar-Zwangsversteigerungsverfahren auf den Übererlös ist ein Drittschuldner überhaupt nicht vorhanden und steht insbesondere dem Schuldner ein privatrechtlicher, nach § 829 pfändbarer Anspruch gegenüber dem Vollstreckungsnotariat nicht zu. Die Pfändung des Anspruchs auf den Übererlös erfolgt nach § 857 Abs. 1 und 2 durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Vollstreckungsschuldner. Vgl. RG. **43** 427 ff., Jaeckel Anm. 2 zu § 107 ZVG., Fischer-Schäfer Anm. 1a zu § 107 ZVG.; v. d. Pfordten Anm. II 3 ebenda, Gaupp-Stein § 829 ZPO. Anm. I b und § 857 Anm. II a. Eine Zustellung des Pfändungsbeschlusses an das Vollstreckungsnotariat ist als gegenstandslos unbeachtet zu lassen. Um aber den Pfändungsgläubiger vor Schaden zu bewahren, soll das Notariat den Gläubiger tunlichst vor dem Verteilungstermin von der Unwirksamkeit benachrichtigen, so daß der Gläubiger die Möglichkeit hat, die Pfändung noch rechtswirksam nachzuholen — **b**) du Chesne gelangt zu folgenden Ergebnissen: Der Anspruch eines Vollstreckungsgläubigers auf den Versteigerungserlös eines Grundstücks ist nur dadurch zu pfänden, daß der Gläubiger den ursprünglichen Anspruch des Vollstreckungsgläubigers an den Schuldner pfänden läßt; er tritt dann als procurator in rem suam vor den Vollstreckungsgläubiger und ihm fällt daher auch der Erlös in die Hände, den das staatliche Vollstreckungsorgan zur Befriedigung der gepfändeten Forderung erzielt hat. Mit der Pfändung (und Überweisung) erlangt er den ursprünglichen Anspruch in dem Stadium, in dem er sich gerade befindet, nämlich mit dem

öffentlichen Rechte, daß der Staat den auf den gepfändeten Anspruch entfallenden Versteigerungserlös an ihn zahle. Hinsichtlich der Pfändung der hyperocha genügt sowohl in dem Falle, daß der Erlös des versteigerten Grundstücks die Vollstreckungsansprüche übersteigt und in dem, daß eine Eigentümergrundschuld durch den Zuschlag erloschen ist, zur Pfändung des im Eigentum des Schuldners stehenden Erlöses die Erlassung eines Veräußerungsverbots (§ 857 Abs. 2). Durch diese Pfändung nach § 857 Abs. 2 wird der Gläubiger „Beteiligter" am Zwangsversteigerungsverfahren und das Vollstreckungsgericht muß kraft seiner Amtspflicht den Erlös, soweit er gepfändet ist, nicht mehr dem Schuldner, sondern dem Pfändungsgläubiger ausfolgen. — **c**) SeuffA. **60** 248 (Dresden). Die Pfändung des Anspruchs auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse, welcher an die Stelle eines durch den Zuschlag erlöschenden Rechtes tritt, ist gegen den Subhastaten als Drittschuldner auszubringen.

3. Pfändung des Anspruchs aus dem sog. „Möbelleihvertrage". — **a**) Liebrecht. Im Gegensatze zu der Entsch. d. KG. (KGBl. **04** 38) und zu Nußbaum und Horn a. a. O. 53 und 61 (vgl. IDR. **3** § 875 III 5) ist anzunehmen, daß bei dem in Berlin üblichen „Möbelleihvertrage" nicht der Anspruch des Schuldners auf Verschaffung des Eigentums an den Leihmöbeln aus dem Kaufvertrag aufschiebend bedingt ist, denn der „Möbelverleiher" hat mit Übergabe der Sachen unter gleichzeitiger Einigung der Parteien über bedingte Eigentumsübertragung bereits seine Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage erfüllt. Bedingt ist vielmehr lediglich das Recht des Entleihers, Eigentum an den Möbeln zu erwerben, und zwar bedingt durch Vollbezahlung des Preises. Dies Recht ist, da es sich bei der Pfändung weder um körperliche Sachen noch um Geldforderungen, noch um Ansprüche der in den §§ 846 ff. angegebenen Art, noch um Ansprüche überhaupt handelt, nur nach § 857 zu pfänden. Trotzdem sind für die Verwertung des Pfandrechts die §§ 846 ff. analog anzuwenden. Der Pfändungsbeschluß ist dahin zu erlassen, daß das dem Schuldner auf Grund des Möbelleihvertrags zustehende Recht, das Eigentum an den Möbeln durch vollständige Zahlung des Preises zu erwerben, gepfändet und gleichzeitig angeordnet wird, daß die Möbel nach Befriedigung des Möbelhändlers von einem seitens des Gläubigers zu beauftragenden Gerichtsvollzieher zwecks Versteigerung in Besitz zu nehmen sind. Durch die Pfändung des bedingten Eigentumsrechts des Schuldners wird dessen Recht, der Zahlung des Betrags an den Möbelhändler durch den Gläubiger zu widersprechen (§ 267 BGB.), beseitigt. Mit der Bezahlung des Preises geht Eigentum an den Möbeln auf den Schuldner über. Wie bei der Pfändung einer aufschiebend bedingten Forderung im Falle des Eintritts der Bedingung das Pfandrecht an der unbedingten Forderung fortbesteht, muß die Pfändung des bedingten Eigentums im gleichen Falle das unbedingte Eigentum, d. h. die Sache selbst zum Gegenstande des Pfandes machen. Hierzu bedarf es jedoch nach der ZPO. noch der Besitznahme der Sachen durch den Gerichtsvollzieher, die aber keine neue Zwangsvollstreckung erfordert, sondern lediglich eine Folge der Pfändung des bedingten Eigentums darstellt. — **b**) Immerwahr, DIZ. **05** 597, hält die Pfändung der durch „Möbelleihvertrag" überlassenen noch mit dem Eigentümervorbehalte des Verkäufers belasteten Möbel von seiten des Verkäufers, d. h. die Pfändung der eigenen Sachen, für gültig. Er meint, die romanistische Begriffsbestimmung des Pfandrechts als eines Rechtes an fremder Sache müsse hier ebenso durchbrochen werden, wie dies im Immobiliarsachenrechte durch Zulassung der Eigentümerhypothek und im Mobiliarsachenrechte ebenfalls bereits verschiedlich — so beim irregulären Pfandrechte des Bankiers an eigenen Wertpapieren (DepotGes. 5. 7. 96), bei den Rechtsverhältnissen an Geldkautionen, — geschehen sei.

III. Abs. 6. Pfändung der Eigentümergrundschuld. — 1. Das RG. 59 313, DNotV. 05 710, JW. 05 81, R. 05 137, hält seine bisherige Meinung — vgl. JDR. 3 § 857 IV Nr. 1a — aufrecht, nach welcher zur Pfändung der Eigentümerbriefgrundschuld die Aushändigung des Briefes an den Gläubiger oder die Wegnahme des Briefes durch einen Gerichtsvollzieher erforderlich ist. — Wegen Durchführung der Pfändung in dem Falle, daß nur ein Teil der eingetragenen Briefhypothek Eigentümergrundschuld ist, verweist das Reichsgericht auf die Pfändung und Überweisung des dem Eigentümer gegen den Briefhypothekar zustehenden Berichtigungsanspruchs, wodurch der pfändende Gläubiger in den Stand gesetzt wird, die Vorlegung des Briefes an das Grundbuchamt zwecks Bildung eines Teilhypothekenbriefs zu verlangen, §§ 894, 896 BGB. Vgl. die Ausführungen von Landsberg, JDR. 2 § 857 IV Nr. 1c.

2. Koppers, DJZ. 05 731, führt gegen RG. 55 378, 56 9, 184, 59 313 aus, daß die Beschränkung der dinglichen Wirksamkeit auf die durch Eintragung oder Briefübertragung vollzogene Pfändung (§ 830 Abs. 1) nur gegenüber Dritten in Betracht komme, die an der Eigentümergrundschuld selbst Rechte erworben hätten: beim Widerstreit zwischen dem Gläubiger, der die Eigentümergrundschuld gepfändet hat, und dinglich Berechtigten, deren Rechte der Eigentümergrundschuld nachstehen, und welche an der Eigentümergrundschuld selbst keinerlei Rechte erlangt haben, greift § 830 Abs. 2 Platz. Ebenso wie die nachstehenden Berechtigten dem Eigentümer, der die Eigentümergrundschuld in der Zwangsversteigerung geltend macht, weichen müssen, müssen sie dem Gläubiger weichen, der auf Grund der Zustellung des Pfändungsbeschlusses gemäß § 830 Abs. 2 an seine Stelle getreten ist. Die Ausführungen des RG. über den durch § 830 Abs. 1 bezweckten Schutz der Verkehrssicherheit passen auf solche Fälle nicht. — Demgegenüber weist Buhe, DJZ. 05 1116, darauf hin, daß im Abs. 2 des § 830 nur die Wirkungen einer gemäß Abs. 1 rechtsgültig erfolgten Pfändung für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Drittschuldner zurückdatiert würden („gilt als bewirkt"), daß aber für dies Verhältnis keineswegs von den grundsätzlichen Erfordernissen der Pfändung (Abs. 1) abgesehen werde.

3. SächsOLG. 26 552. Hat ein Gläubiger eines mit einer Höchstbetragshypothek belasteten Grundstücks mit der Behauptung der teilweisen Nichtentstehung der Forderung den hieraus erwachsenen Anspruch des Eigentümers auf Grundbuchberichtigung (die Eigentümergrundschuld) gepfändet, und sodann die Eintragung der Pfändung und eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt, so ist der Gläubiger in Ansehung des Pfandobjekts genügend gesichert. Der weitere Antrag, noch ein Verfügungsverbot im Wege der einstweiligen Verfügung gegen den Eigentümer zu erlassen, ist abzuweisen, da bereits der Pfändungsbeschluß das Gebot an den Drittschuldner enthält, den Berichtigungsanspruch an den Schuldner zu erfüllen.

4. a) DJZ. 05 460, RJA. 5 270, ElsLothNotZ. 05 270, OLG. 10 388, R. 05 504 (KG.), ebenso LG. I München, JustdRundsch. 05 248, BayRpflZ. 05 287. Eine „zukünftige Eigentümerhypothek", die in einer bestehenden Höchstbetragshypothek bereits ihre gegenwärtige Grundlage hat, kann gepfändet werden. Die Pfändung kann aber nicht in das Grundbuch eingetragen werden, denn das bedingte Recht des Grundstückseigentümers auf Erwerb der Eigentümerhypothek ist lediglich ein persönliches Recht. Bevor nicht die Eigentümerhypothek entstanden ist (§ 1163 BGB.), kann der Eigentümer über sie mit sachenrechtlicher Wirkung nicht verfügen, also insbesondere nicht die für den Fall des Anfalls getroffenen Verfügungen, denen an sich eine obligatorische Wirkung innewohnt, durch Eintragungen im Grundbuche dinglich sichern. Mehr Rechte, als der Grundstückseigentümer selbst hat, können auch seine Gläubiger nicht durch

eine Pfändung des Rechtes auf Gewinnung einer Eigentümerhypothek erwerben. — **b**) LG. München, JustdRundsch. **05** 248, SeuffBl. **05** 430. Die unter der Herrschaft des bayerischen Hypothekengesetzes (§ 43 a. a. O.) eingetragenen und jetzt übergeleiteten Nebensachekautionshypotheken für Zinsen, Kosten und Schäden sind als „unselbständige Anhängsel" der Hypothek nicht eigentümerhypothekfähig und deshalb nicht selbständig pfändbar. — Dagegen BayObLG. 6 417, BayRpflZ. **05** 350, SeuffBl. **05** 607. Hypotheken, die nur unselbständige Anhängsel einer anderen Hypothek sind, kennt weder das bayerische Hypothekengesetz, noch das BGB. Auch die Nebensachekautionshypothek ist in eine Hypothek des BGB., und zwar in eine Höchstbetragshypothek (§ 1190) umgewandelt. Art. 192 EGBGB. Sie ist fähig, Eigentümerhypothek zu werden und auch als „künftige Eigentümerhypothek" pfändbar. Die Pfändung kann eingetragen werden. Wegen Differenz mit der zu a angeführten Entscheidung des KG. hat das ObLG. die Sache dem RG. vorgelegt. — **c**) **RG.** RJA. 6 215, JW. **05** 731, BayObLG. 6 425, BayRpflZ. **05** 490, SeuffBl. **05** 729 —, Beschluß v. 18. 9. 05 —, tritt, dem KG. im Ergebnisse bei. Da nach § 40 GBO. eine Eintragung im Grundbuche nur erfolgen soll, wenn derjenige, dessen Recht dadurch betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist, so kann die Pfändung „künftiger Eigentümerhypotheken", sofern man sie überhaupt zulassen will, jedenfalls nicht eingetragen werden, da die Eintragung sich nur gegen eine Person richten würde, die möglicherweise künftig einmal Eigentümerhypothekar wird. „Berechtigter" im Sinne der Grundbuchgesetzgebung kann aber nur der schon jetzt endgültig Berechtigte sein.

§ 859. 1. **RG.** JW. **05** 205, R. **05** 198. Die gemäß § 859 Abs. 2 erfolgende Pfändung eines Erbteils läuft hinaus auf eine Pfändung des Anspruchs oder der Ansprüche, die aus dem Anteile hervorwachsen. Sie umfaßt den Erbteil, wie er zur Zeit der Pfändung dem Schuldner zusteht, gibt dem Gläubiger das Recht, die Auseinandersetzung zu beantragen (§ 86 FGG.) und gewährt ihm ein Pfandrecht an den bei der Teilung auf den gepfändeten Erbteil fallenden Gegenständen, aus denen er sich, wenn ihm der Erbteil überwiesen ist, auch befriedigen kann.

2. SchlHolstAnz. **05** 136 (Kiel). Der Zwangsvollstreckung im Wege der Pfändung unterliegt nur das Recht des Miterben am Nachlasse, nicht an dem einzelnen Nachlaßgegenstand, auch dann nicht, wenn dieser Gegenstand angeblich das einzige vorhandene Nachlaßobjekt ist.

§ 862. 1. HansGZ. **05** Beibl. 249, R. **05** 649 (Hamburg). Durch § 862 Abs. 1 ist nur die Pfändung derjenigen Nutznießung des Vaters am Vermögen des Kindes ausgeschlossen, die ihm kraft seiner elterlichen Gewalt zusteht. Dagegen ist pfändbar (vgl. § 857 Abs. 3) der dem Vater durch letztwillige Verfügung vermachte Nießbrauch des Vaters an dem einem Kinde hinterlassenen Vermögen, ebenso wie dieser Nießbrauch pfändbar wäre, wenn er nicht dem Vater, sondern einem beliebigen Dritten vermacht wäre.

2. **a**) Königsberger, WürttZ. **05** 353. Die statutarische Nutznießung des überlebenden Ehegatten an dem sogen. hinterfälligen Vermögen der gemeinschaftlichen Kinder ist in analoger Anwendung des § 862 insoweit unpfändbar, als das Vermögen Kindern zugefallen ist, die noch in der elterlichen Gewalt des überlebenden Ehegatten stehen. Soweit die statutarische Nutznießung das Vermögen gewaltfreier Kinder oder anderer Deszendenten oder Seitenverwandter zum Gegenstande hat, ist sie gemäß § 857 Abs. 3 pfändbar. — **b**) *Weegmann, WürttZ. **05** 233. Das dem Gewalthaber nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtlichen Wirkung des Güterstandes der württ. landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor 1. 1. 00

in Württemberg geschlossenen Vertrags am Kindesvermögen zustehende statutarische Nutznießungsrecht unterliegt auch jetzt noch der Zwangsvollstreckung.

Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 865. Abs. 2. 1. **a)** LG. Tilsit, PosMSchr. **05** 11, JustdRundsch. **05** 106. Die Frage, ob das Grundstückszubehör zur Bewirtschaftung des Grundstücks erforderlich ist oder nicht, ist für das Pfändungsverbot des § 865 Abs. 2 unerheblich. — **b)** *Salinger. Über das Verhältnis von § 865 Abs. 2 zu § 811 Ziff. 4 vgl. o. zu § 811.

2. **RG. 59** 87, R. **05** 47, 255, JW. **04** 575, s. JDR. **3** § 865 Nr. 1, betr. absolute Unzulässigkeit der Fahrnispfändung nach erfolgter Beschlagnahme. — Ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1066, JW. **05** 89, R. **05** 137 unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte. AM. LG. II Berlin, JustdRundsch. **05** 9.

3. Teutsch, BayRpflZ. **05** 489, bekämpft die Ansicht des **RG. 55** 208 (JDR. **3** § 766 Nr. II 2), nach welcher dem Hypothekengläubiger gegen die Pfändung der ihm haftenden Zubehörstücke außer dem Rechtsbehelfe des § 766 auch die Klage aus § 771 zusteht. Vgl. auch JDR. **1** § 865 Nr. 6, **3** § 865 Nr. 5.

4. **RG.** SeuffA. **60** 480, JW. **05** 494. Eine entgegen der Vorschrift des § 865 Abs. 2 vorgenommene Pfändung von Zubehör verpflichtet den pfändenden Gläubiger nur bei Verschulden zum Schadensersatze.

§ 866. Literatur: Th. Olshausen, Zusammenrechenbarkeit mehrerer Titel bei der Zwangshypothek, ZBlFG. **6** 180. — Kuhlmann, Über § 866 Abs. 3 ZPO., Rostocker rechtswiss. Studien III Heft 4 (1905).

1. **a)** *Th. Olshausen erörtert, ZBlFG. **6** 180 ff., die Frage der Zusammenrechenbarkeit mehrerer Titel bei der Zwangshypothek des § 866 Abs. 3. Ausgehend von dem § 5 selbst (190), gelangt er zu dem Ergebnisse, daß wie dort die Verbindung der Ansprüche in dem einheitlichen Prozeßverfahren zur Zeit seiner Entstehung, hier — infolge der entsprechenden Anwendung — die Vereinigung mehrerer Forderungen im Zeitpunkte der Beendigung des Prozeßverfahrens maßgebend sei (191). Er folgert daraus weiter: Die Wirkung dieses auch im § 866 Abs. 3 allein maßgebenden einheitlichen Prozeßbetriebakts ist eine so starke, daß, wenn durch ihn die Zulässigkeit der Zusammenrechnung der einzelnen Forderungen einmal begründet worden ist, sie auch durch eine Entscheidung in verschiedenen Urteilen nicht wieder beseitigt wird. Das Gesetz will durch die Verweisung auf § 5 zum Ausdrucke bringen, daß mehrere in einem Prozeßverfahren vereinigte Forderungen, sei es, daß diese in einer Klage geltend gemacht oder später verbunden worden sind, rechtlich wie eine Forderung behandelt werden sollen. Dafür aber, daß über die auf diese Weise gebildete, 300 M. übersteigende Forderung nur ein Titel vorliegen müsse, bietet das Gesetz keinen Anhalt. Gelangt doch auch nicht der Titel, sondern die durch den Titel vollstreckbar gewordene Forderung zur Eintragung. Es würde auch zu formalistisch sein und den Bedürfnissen des Rechtslebens nicht entsprechen, wollte man jeden einzelnen Teil der durch ein Prozeßgebilde vereinheitlichten Forderung, über den ein besonderer vollstreckbarer Titel ergangen ist, um deswillen als eine besondere, von anderen unabhängige Forderung ansehen. Hiernach ist durch die Prozeßordnung die Zusammenrechnung mehrerer Schuldtitel nicht ein für allemal als unzulässig erklärt, vielmehr dann angängig, wenn diesen verschiedenen Titeln Ansprüche zugrunde liegen, über die in einem Prozeßverfahren verhandelt worden ist (192). Bei dieser Auslegung hat der Kläger es stets in der Hand, seine Forderungen eintragungsfähig zu machen. Gibt der Richter ihm über die geltend gemachte, 300 M. übersteigende Forderung zunächst nur ein Teilurteil, so schadet ihm

dieses nichts; klagt er andererseits von einer derartigen Forderung zuerst nur einen Teilbetrag vor dem Amtsgericht ein, so geht er infolge seines eigenen Verhaltens der Eintragungsfähigkeit für seine Forderung verlustig. Gerade hierin aber dürfte ein Moment mit zu erblicken sein, das für die Richtigkeit der gefundenen Auslegung spricht. Wenn nämlich das Gesetz dem Kläger die Möglichkeit gegeben hat, die Zuständigkeit des Gerichts — z. B. durch Häufung mehrerer Ansprüche oder durch Einklagung eines Teilbetrags — selbst zu bestimmen, so erscheint es auch durchaus billig und angemessen, in gewissem Sinne die Wahl der Vollstreckungsmaßregeln ebenfalls in seine Hand zu legen (194). — **b)** *Kuhlmann. Die Zulassung der Zwangshypothek ist nicht etwa im Interesse des Gläubigers erfolgt. Denn er ist jederzeit in der Lage, bei einem zahlungsfähigen Schuldner Zahlung zu erlangen, bei einem zahlungsunfähigen Schuldner mit nicht überlastetem Grundbesitz die Eintragung einer Sicherungshypothek zu erzwingen. Entweder legt er den Schuldtitel vor oder die im Hinblick auf eine anzudrohende Zwangsversteigerung mit Leichtigkeit vom Schuldner zu erlangende Eintragungsbewilligung. Durch die Zulassung der Zwangshypothek ist aber auch dem Schuldner kein neuer Schutz gewährt. Denn er kann nicht vom Gläubiger verlangen, daß er statt der Zwangsversteigerung sich mit der Eintragung einer Sicherungshypothek begnügt. — Damit entfallen die in den Motiven aufgeführten Gründe für den Erlaß der Bestimmung des § 866 Ziff. 3 und deren innere Berechtigung. Diese Gründe können daher im Gegensatze zu der Ansicht von **RG.** **48** 246 und KG. (zuletzt DJZ. **04** 748) nicht gegen die Annahme der Zulässigkeit der Zusammenrechnung aus mehreren Schuldtiteln, wenn nur insgesamt der Betrag von 300 M. überstiegen wird, verwertet werden. Das Gegenteil ergibt sich vielmehr aus der Vorschrift der entsprechenden Anwendung der §§ 4 und 5 ZPO., die in Beziehung auf die §§ 1—11, 546² und 709⁴ ZPO. lediglich den allgemeinen Gesichtspunkt zum Ausdrucke bringen: Eine Zusammenrechnung ist stets zuzulassen, soweit bestehende Rechte nicht berührt werden.

2. **a)** **RG.** RJA. **6** 225, JW. **05** 739, BayRpflZ. **05** 509, SeuffBl. **05** 773, R. **05** 649 (Beschluß v. 1. 11. 05). Die Frage, ob nach Eintragung einer Zwangssicherungshypothek aus § 866 für eine den Betrag von 300 M. übersteigende Hauptforderung eine in einem besonderen Titel für vollstreckbar erklärte Kostenforderung im Betrage von 300 M. oder weniger eingetragen werden könne, ist in Übereinstimmung mit RJA. **1** 33, OLG. **2** 103, **3** 15 (KG.) gegen die Ansicht des ObLG. München — vgl. BayRpflZ. **05** 431 (s. dort die Zusammenstellung der versch. Meinungen), R. **05** 533 — verneint. Die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung und ihr möglicher Umfang richten sich lediglich nach dem Titel. Ein Vollstreckungstitel kann deshalb nie für sich allein über den Betrag der darin für vollstreckbar erklärten Forderung hinaus zu einer Zwangsvollstreckung und insbes. zur Eintragung einer Zwangssicherungshypothek führen. Es ist zwar möglich, die Zwangsvollstreckung wegen der Hauptforderung und wegen der 300 M. nicht übersteigenden Nebenforderung einheitlich zu betreiben, beide durch eine Pfändung und so auch durch Eintragung einer Sicherungshypothek zu vollstrecken. Das setzt aber vollstreckbare Titel für beide und deren gleichzeitige Vorlegung voraus. Die nachträgliche Eintragung der Kostenforderung würde aber nur als Eintragung einer selbständigen Hypothek erfolgen können. Für diese ist aber lediglich die ihr zugrunde liegende Forderung, d. h. im vorliegenden Falle ein zu geringer Betrag maßgebend. — **b)** Anwendung des Abs. 3 auf Arresthypotheken? Vgl. zu § 932.

3. LG. Mainz, HessRspr. **6** 14, JustdRundsch. **05** 249. Eine Zwangshypothek kann gemäß § 751 nur für fällige Forderungen eingetragen werden. Ist von

der 300 M. übersteigenden Urteilssumme nur ein Betrag von weniger als 300 M. fällig, so kann eine Zwangshypothek auf Grund des Urteils nicht eingetragen werden.

§ 867. Abs. 1. 1. ElsLothNotZ. **05** 220, R. **05** 567 (Colmar). Das Amtsgericht wird bei Eintragung einer Zwangshypothek nicht als Vollstreckungsgericht, sondern als Grundbuchamt tätig.

2. RJA. **6** 58, OLG. **11** 101, ZBlFG. **6** 304, R. **05** 595 (KG.). Eintragungskosten bedürfen nach § 867 Abs. 1 Satz 2 der Eintragung nicht. Für andere Kosten aber, insbes. für die Kosten des Rechtsstreits, in welchem der vollstreckbare Titel für die Hauptforderung erwirkt ist, und die Kosten einer früheren fruchtlosen Zwangsvollstreckung bedarf es der besonderen Eintragung neben der Hauptforderung, wenn eine Sicherungshypothek für sie bestehen soll. Die Zwangseintragung trägt den doppelten Charakter eines Vollstreckungsakts und eines Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Es müssen deshalb sowohl die allgemeinen Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung als auch die einer Grundbucheintragung gegeben sein. Für die vorerwähnten Kosten des Rechtsstreits muß ein besonderer vollstreckbarer Schuldtitel, als welcher namentlich ein Kostenfestsetzungsbeschluß gemäß § 105 Abs. 4, § 794 Nr. 3 ZPO. in Betracht kommt, beigebracht werden. Hinsichtlich der Kosten einer früheren Zwangsvollstreckung greift § 788 ein, wonach die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung zugleich mit dem zur Vollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben sind. Auch durch die Zwangseintragung wird ein „Beitreiben" des zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruchs verfolgt, da nach dem inneren Zusammenhange der Vorschrift des § 788 (der näher dargelegt wird) dem Ausdrucke „Beitreiben" keine andere Bedeutung innewohnt, als die einer allgemeinen Bezeichnung für die Vornahme von Zwangsvollstreckungsmaßregeln überhaupt. § 788 bezieht sich ferner auch auf die rückständigen Kosten einer früheren, aus demselben Schuldtitel vollzogenen Zwangsvollstreckung (aM. SeuffA. **39** 372, JW. **86** 210, BuschsZ. **12** 318, GerVollzZ. **90** 65). Denn wenn § 788 sich nur auf die Kosten des jeweils in Antrag gebrachten Zwangsvollstreckungsakts bezöge, so würde der Zweck der Vorschrift „die vollständige Befriedigung des Gläubigers zu Ende zu führen" (Mot. z. Entw. d. ZPO.) in allen den Fällen nicht erreicht werden, in denen nicht sofort die erste Zwangsvollstreckung zum Ziele führt. Durch § 788 Abs. 1 Halbs. 1 werden „die . . Kosten der Zwangsvollstreckung" dem Schuldner allgemein zur Last gelegt, ohne Unterschied, ob es sich um einen oder um mehrere Zwangsvollstreckungsakte handelt, und Halbs. 2 umfaßt mit dem Worte „sie" eben dieselben, also die gesamten Kosten aller Zwangsvollstreckungsakte, soweit sie notwendig waren. Ebenso Gaupp-Stein Anm. II zu § 788, Petersen-Anger Anm. 2 zu § 788, Staub, JW. **86** 209, Falkmann, GerVollzZ. 7 11. Es bedarf also zur Zwangseintragung der Kosten früherer fruchtloser Zwangsvollstreckung der Beibringung eines anderen vollstreckbaren Titels als desjenigen über den Hauptanspruch nicht. Die Prüfung der Notwendigkeit der Kosten liegt dem Grundbuchrichter ob (vgl. KGJ. **12** 95; aM. Gaupp-Stein Anm. VI zu § 867). Ihm muß jedoch gemäß § 29 Satz 2 GBO. die Entstehung der Kosten als eine Voraussetzung der Eintragung durch öffentliche Urkunden (z. B. Gerichtsvollzieherprotokolle und -Quittungen) nachgewiesen werden, soweit sie nicht etwa bei dem Grundbuchamt offenkundig ist. Event. muß der Gläubiger die Kosten durch das Prozeßgericht festsetzen lassen. Lehnt der Grundbuchrichter die Eintragung der Kosten wegen fehlenden Nachweises der Entstehung oder der Notwendigkeit ab, so ist hiergegen nicht Erinnerung gemäß § 766 oder sofortige Beschwerde gemäß § 793 ZPO., sondern lediglich die einfache Beschwerde gemäß § 71 Abs. 1 GBO. gegeben. Gibt der Grundbuchrichter dem Eintragungsantrage

statt, so kann der Schuldner nur die Eintragung eines Widerspruchs oder die Vornahme einer Löschung verlangen.

Abs. 2. 1. ElsLothNotZ. 25 22 (Colmar). Im Hinblick auf § 740 sind in Ansehung der Zwangsvollstreckung die zum Gesamtgute der Eheleute gehörigen Grundstücke den Grundstücken des Mannes gleichzuachten. Eine Zwangshypothek aus einem Urteile gegen Eheleute als Gesamtschuldner muß deshalb, wenn sie auf einem dem Manne allein gehörigen — vorbehaltenen — Grundstück und auf einem Gesamtgutsgrundstück eingetragen werden soll, gemäß § 867 Abs. 2 verteilt werden. Dagegen kann die Zwangshypothek je in voller Höhe gleichzeitig auf einem Gesamtgutsgrundstück und der Frau allein gehörigen Grundstück eingetragen werden.

2. BuschsZ. 35 101 (Karlsruhe). § 867 Abs. 2 findet auch Anwendung, wenn auf Grund mehrerer vollstreckbarer Ausfertigungen des gleichen vollstreckbaren Titels nacheinander auf mehrere Grundstücke des Schuldners Zwangshypotheken eingetragen werden sollen.

§ 868. OLG. **11** 114, R. **05** 475 (Colmar). Die für den Gläubiger eingetragene Zwangshypothek geht nicht schon mit dem Erlöschen der Forderung des Gläubigers auf den Eigentümer über, sondern erst, nachdem durch richterliche Entscheidung der der Vollstreckung zugrunde liegende Titel beseitigt oder dessen Vollstreckbarkeit aufgehoben ist (vgl. Bruck, Eigentümerhypothek 178).

Dritter Titel. Verteilungsverfahren.

§ 872. OLG. **10** 394, R. **05** 504 (KG.). Gegen die Nichtaufnahme eines Anspruchs in den Teilungsplan ist nur der Klageweg, nicht der Weg der Beschwerde gegeben (vgl. auch Fischer-Schäfer Anm. 4 zu § 114 ZVG.).

§ 878. 1. DJZ. **05** 824, R. **05** 596, ElsLothZ. **04** 626, s. JDR. **2** § 878 II Nr. 1, betr. Klagerecht des Gläubigers aus § 805 nach Ablauf der einmonatigen Frist des § 878.

2. **RG.** **58** 156, JW. **04** 369, s. JDR. **3** § 878 II Nr. 2, betr. Recht eines Gläubigers, sein besseres Recht auf den an einen anderen Gläubiger ausgezahlten Betrag des Versteigerungserlöses auch dann geltend zu machen, wenn er dem Teilungsplane nicht widersprochen.

Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 883. 1. **RG.** SeuffA. **60** 483, JW. **05** 439, R. **05** 596. Ein Urteil auf Vorlegung eines Hypothekenbriefs beim Grundbuchamte zur Berichtigung geht nicht auf Vornahme einer Handlung im Sinne des § 888, sondern auf Leistung einer Sache. Das Urteil ist deshalb nach § 883, nicht nach § 888 zu vollstrecken.

2. LG. Darmstadt, JustdRundsch. **05** 73, HessRpr. **5** 142. Ein Urteil auf Herausgabe eines Kindes ist nach § 883 zu vollstrecken. Die Anwendung der §§ 887, 888 ist ausgeschlossen. — Ebenso HansGZ. **05** Beibl. 179 (Hamburg), (vgl. dort die Literatur), OLG. Hamburg a. a. O. 286. Daß die Herausgabe eines Kindes lediglich durch unmittelbaren Zwang erwirkt werden kann, gilt aber nur auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit; für die freiwillige Gerichtsbarkeit sind, abgesehen vom § 33 FGG., die Landesgesetze maßgebend. — Vgl. auch zu § 888 Nr. 2.

§ 887. 1. Begriff der vertretbaren Handlung. — Gegen **RG.** **55** 57 — JDR. **3** § 887 I Nr. 2 — MecklZ. **23** 27, R. **05** 21, OLG. **9** 130 (Rostock), JDR. a. a. O. Nr. 3. Von einer Vertretbarkeit einer Handlung kann nur die Rede sein, wenn die von dem Dritten vorzunehmende Handlung nicht nur wirtschaftlich, sondern auch dem Rechtserfolg nach mit der dem Schuldner ob=

liegenden gleich ist. Bei Rechtshandlungen, zu deren Vornahme es einer Vollmacht des Schuldners bedarf, trifft dies nur dann zu, wenn der Dritte vom Schuldner bevollmächtigt ist; die Vollmacht ist nicht durch eine dem Dritten nach § 887 zu erteilende Ermächtigung zu ersetzen.

2. BadRpr. **05** 170, OLG. **11** 187 (Karlsruhe). Bei einem Urteile, das den Beklagten verurteilt, eingetragene Hypotheken zu beseitigen, ist als Kern der Leistungspflicht anzusehen die Erfüllung derjenigen Voraussetzungen, unter denen der dritte Gläubiger verpflichtet ist, die Löschungsbewilligung zu erteilen, also nötigenfalls zur Erteilung der Löschungsbewilligung verurteilt werden kann. In der Regel besteht diese Voraussetzung in der Bezahlung der hypothekarisch gesicherten Forderung. Trifft dies zu, so ist das Urteil nach § 887 zu vollstrecken. — Vgl. IDR. **1** u. **3** § 887 Nr. 1.

3. *Rech, IW. **05** 358 ff. Die Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung ist eine „Verpflichtung zu einer Handlung". Doch ist die Zwangsvollstreckung eines Urteils, welches die Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung schlechthin ausspricht, nicht ohne weiteres möglich. Es bedarf hierzu vielmehr einer besonderen, auf eine spezielle Art von Sicherheitsleistung hinzielenden Judikatsklage.

4. Das KG. erörtert OLG. **11** 188 die Art und Weise der Zwangsvollstreckung eines Urteils, das den Schuldner nach seiner Wahl zur Zahlung einer Geldsumme oder zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt. Erfüllt der Schuldner nach Rechtskraft des Urteils keine der beiden Verpflichtungen, so kann der Gläubiger nach § 264 BGB. die eine oder die andere zur Vollstreckung bringen. Wählt er die Willenserklärung, so ist streitig, ob § 894 ZPO. vollständig ausscheidet und statt dessen Vollstreckung aus § 887 (so **RG. 53** 84, Rieß, GruchotsBeitr. **48** 502) oder § 888 (so Levy, GruchotsBeitr. **36** 51, Wilmowski-Levy § 779 aF. Anm. 1, Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen 83, 133 ff.) stattfindet, oder ob bei Mangel einer Erklärung des Schuldners der Gläubiger das Wahlrecht auszuüben hat und mit der Mitteilung desselben an den Schuldner die Fiktion des § 894 eintritt (so Seuffert § 894 Anm. 2[6], Gaupp-Stein § 894 Anm. Vb, Falkmann, Zwangsvollstr. (2) 102 ff., Kohler, ACivPrax. **80** 285). ➠ Das KG. nimmt zu der Streitfrage nicht Stellung. ⟵ Wählt der Gläubiger die andere Leistung, so erfolgt die Vollstreckung nach den für diese Leistungsart geltenden Vorschriften (s. o. § 268 BGB. Ziff. 3).

5. (§ 888.) **a**) WürttI. **17** 59, R. **05** 255 (Stuttgart). Aus einem Urteile, durch das der Beklagte verurteilt wird, dem Kläger die zum Betriebe von Maschinen erforderliche Kraft zu liefern, findet, da die Handlung nicht allein vom Willen des Schuldners abhängig ist, sondern durch verschiedene außerhalb desselben liegende Umstände (taugliche Maschinenanlage, Zuverlässigkeit des Bedienungspersonals, Beschaffung von Kohlen, Geldaufwendung) bedingt ist, Zwangsvollstreckung nicht nach § 888, sondern nach § 887 statt. — **b**) (§ 883.) **RG. 58** 160, R. **05** 111 erklärt in einem Falle, in dem der Schuldner verurteilt war, die in einem Leihvertrage näher bezeichnete Einrichtung einer Dampfwäscherei vollständig zu liefern und zu montieren, Vollstreckung aus § 887 für unzulässig, da es sich in der Hauptsache — d. h. abgesehen von der Montierung — um die Erwirkung der Leistung von Sachen handele (§ 883).

6. HansGZ. **05** Beibl. 48, R. **05** 504 (Hamburg). Die Abgabe einer Willenserklärung ist nie eine vertretbare Handlung im Sinne des § 887.

7. HessRspr. **6** 18 (Darmstadt). Einwendungen gegen einen auf Grund eines gerichtlichen Vergleichs gemäß § 887 erlassenen Beschluß, die sich darauf

stützen, daß der im Vergleich festgelegte Anspruch nachträglich erloschen sei, sind durch Klage aus § 767, nicht durch sofortige Beschwerde geltend zu machen.

§ 888. 1. (§ 887.) **RG. 60** 120, JW. **05** 180, R. **05** 168. Während in Immissionsprozessen das Urteil allgemein auf Verurteilung zur Fernhaltung von Störungen lauten kann, muß der Gläubiger im Zwangsvollstreckungsverfahren diejenige Maßregel, deren zwangsweise Durchführung er verlangt, genau bezeichnen. — Ebenso **RG.** GruchotsBeitr. **43** 683, **47** 916, s. JDR. **3** § 887 IV 4.

2. **a)** SächsOLG. **26** 536. Ein Urteil, durch das die Frau verurteilt wird, ein Kind dem Manne zuzuführen, ist nach § 888 vollstreckbar, nicht dagegen ein Urteil, das die Frau verurteilt, das Kind dem Manne zuführen zu lassen. Die Herausgabe des Kindes ist in diesem letzteren Falle keine Handlung, die ausschließlich von dem Willen der Frau abhängt. In letzterem Falle ist das Urteil vielmehr nach § 883 zu vollstrecken. — Dagegen **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1069, SeuffA. **60** 213. Die Zuführung einer Person ist nicht eine Handlung, die lediglich von dem Willen des Verpflichteten abhängt; denn sie ist nur möglich, wenn äußere Umstände, u. a. der Gesundheitszustand der zuzuführenden Person, nicht im Wege stehen, und wenn der Verpflichtete, sofern die Zuführung mit Aufwendungen verbunden ist, sich hierzu in der Lage befindet. Die Vollstreckung eines Urteils auf Zuführung eines Kindes kann deshalb, ebenso wie die eines Urteils auf Herausgabe eines Kindes nur nach § 883, nicht nach § 888 erfolgen. — Ebenso § 81 PrGerVollzGeschAnw. v. 1. 12. 99, § 118 WürttGer. VollzDienstO. v. 30. 10. 99, § 84 HambInstr. f. d. GerVollzAmt, Planck, Lehrb. II 780, Wach, Handb. I 275 Anm. 14, Fitting, ZProzr. § 122 Nr. 1. — Vgl. auch zu § 883 Nr. 2.

3. WürttJ. **17** 62 (Stuttgart). Ein Urteil, das den Beklagten verurteilt, eine Hypothek löschen zu lassen, ist, wenn die dem Schuldner auferlegte Handlung auch von der die Aufwendung von Geldmitteln erfordernden Befriedigung des Hypothekengläubigers abhängt, jedenfalls nicht nach § 888 zu vollstrecken.

4. Urteil auf Vorlegung eines Hypothekenbriefs vgl. § 883 Nr. 1.

§ 894. 1. O. Fischer, Vollstreckbarkeit 96. Aus Urteilen auf Abgabe einer Willenserklärung ist Vollstreckung nach §§ 887, 888 insoweit zulässig, als sie nicht infolge §§ 894, 895 überflüssig ist. — Ebenso Meyer, R. **05** 426.

2. *Glatzer, GruchotsBeitr. **49** 570. Das zur Quittungsleistung verurteilende Erkenntnis ist nicht nach § 888, wie Vonschott, GruchotsBeitr. **49** 29, annimmt, sondern nach § 894 vollstreckbar (ebenso für altes Recht: **RG. 48** 399), gleichgültig, ob man bezüglich des Rechtscharakters der Quittung der „Beweismittel-“ oder der „Vertrags“theorie folgt.

3. *Rübenberg, Notwegrecht 54 ff. Der Streit, ob das Urteil aus § 894 konstitutiv oder deklarativ ist, ist lediglich ein Definitionsstreit.

4. Die Streitfrage, ob § 894 auch auf vollstreckbare Vergleiche Anwendung findet — vgl. JDR. **3** § 894 II —, ist unter Hinweis auf Kipp, Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen 86, 127, Hellwig, Anspruch und Klagerecht 427, bejaht von WürttJ. **17** 62 (Stuttgart). Verneint wird die Frage von Fischer, Vollstreckbarkeit 96, da § 894 ein rechtskräftiges Urteil erfordert, Rechtskraft aber Vergleichen nicht innewohnt. Dagegen ist ihnen die vorläufige Ersatzfunktion des § 895 zuzuschreiben, denn die ihnen beiwohnende Vollstreckbarkeit kann in ihren Wirkungen hinter der vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urteilen offenbar nicht zurücktreten.

5. OLG. **11** 117, R. **05** 596, PosMSchr. **05** 133 (KG.). Die Vorschrift des § 894 ist, wie auch das **RG. 49** 417 ausgeführt hat, nicht anwendbar, wenn ein Erbe wegen einer Nachlaßschuld belangt wird und die Verurteilung

mit dem Vorbehalte des § 780 erfolgt, da andernfalls der dem Erben zugebilligte Vorbehalt tatsächlich entkräftet werden könnte. Dasselbe gilt, wenn der Erblasser noch selbst verurteilt und nach seinem Tode die Vollstreckungsklausel gegen die Erben erteilt ist, da in diesem Falle die Erben ihre beschränkte Haftung kraft Gesetzes ebenso geltend machen können, als wenn sie selbst unter Vorbehalt verurteilt wären. Die Vollstreckung ist in solchem Falle nach § 888 durchzuführen.

6. OLG. **11** 188 (KG.) s. § 887 Ziff. 4.

§ 895. O. Fischer, Vollstreckbarkeit 80. a) Die Ersatzfunktion hat das für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteil als solches, nicht seine vollstreckbare Ausfertigung. Weder im Falle des § 894 noch in dem des § 895 bedarf es zur Eintragung in das Grundbuch einer Vollstreckungsklausel oder gar einer Zustellung des Urteils an den Schuldner. (AM. Seuffert Anm. 1 zu § 895). Nur eine dem Gläubiger etwa auferlegte Sicherheitsleistung ist als erfolgt nachzuweisen. — b) (82) Bei anderen als den im § 895 benannten Willenserklärungen tritt eine Ersatzfunktion des bloß für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils nicht ein. Sie lassen aber eine Zwangsvollstreckung gemäß §§ 887, 888 zu.

Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft.

§ 899. 1. LG. Tilsit, PosMSchr. **05** 11, JustdRundsch. **05** 138. Der Vormund des Schuldners hat den Offenbarungseid für letzteren zu leisten, auch wenn er im vollstreckbaren Titel als gesetzlicher Vertreter nicht benannt ist. — Vgl. JDR. **3** § 899 Nr. 1.

2. LG. I Berlin, KGBl. **05** 6, JustdRundsch. **05** 43. Im Gegensatze zu der in der Literatur vorwiegend vertretenen Ansicht (vgl. Struckmann-Koch Anm. 4 zu § 473, Petersen-Anger Anm. 7 zu § 473 und dort Zitierte) hält das LG. den § 473 Abs. 2 ZPO. auch im Offenbarungseidsverfahren für anwendbar: der wegen Verschwendung Entmündigte ist — neben seinem Vormunde — persönlich zur Leistung des Offenbarungseids verpflichtet. Dagegen ist er nach § 52 ZPO. in Verb. mit §§ 117, 107 BGB. nicht prozeßfähig. Alle Zustellungen im Offenbarungseidsverfahren sind deshalb an seinen gesetzlichen Vertreter zu richten.

§ 900. 1. OLG. **10** 399, R. **05** 504 (Breslau). Die fakultative mündliche Verhandlung im Offenbarungseidsverfahren hat nur informatorische Bedeutung. Das Gericht kann deshalb auch außerhalb der Verhandlung, d. h. nach Beendigung des zur Eidesleistung bestimmten Termins und ohne daß ein besonderer Termin zur Verkündung anberaumt zu werden braucht, über den Widerspruch entscheiden. Nur wenn der Beschluß auf Grund der mündlichen Verhandlung gefaßt wird, ist dieser zu verkünden.

2. R. **05** 372 (Marienwerder). Erklärt der Schuldner im Termine, den Eid nur mit dem Zusatz „Irrtümer vorbehalten" leisten zu wollen, so ist nach § 900 Abs. 3, nicht nach § 901 zu verfahren.

3. SeuffA. **60** 215, OLG. **10** 395, R. **05** 504 (Kiel). Die Anwendung des § 900 Abs. 3 Satz 2 setzt voraus, daß der weitere Widerspruch des Schuldners in demselben Verfahren erfolgt, in welchem bereits ein früherer Widerspruch verworfen ist.

§ 901. 1. **a**) ElsLothZ. **05** 617 (Colmar). Der Antrag auf Anordnung der Haft kann vom Gläubiger auch nach dem zur Leistung des Offenbarungseids bestimmten Termin gestellt werden. — **b**) Heuer, DJZ. **05** 260. Der in der Ladung enthaltene eventuelle Antrag auf Haftbefehl allein genügt nicht, beim Nichterscheinen beider Parteien im Offenbarungseidstermin gegen den Schuldner Haftbefehl zu erlassen, bedarf vielmehr noch der Ergänzung durch Nachweis der

ordnungsmäßigen Ladung des Schuldners. Erscheinen zunächst der Gläubiger oder beide Parteien im Termine, wird dann auf Grund der Vereinbarung einer Abzahlung antragsgemäß vertagt und setzt sich dies von Termin zu Termin fort, so kann, wenn im letzten Termine beide Parteien nicht mehr erscheinen, der Richter nicht noch auf Grund des in der ersten Ladung enthaltenen, dann durch die Vertagungsanträge ersetzten Antrags Haftbefehl gegen den Schuldner erlassen. — Ebenso Ritter, R. **05** 131. — AM. Coermann, DJZ. **04** 937.

2. (§ 906.) OLG. **10** 398 (KG.). Ist Haftbefehl gegen den nichterschienenen Schuldner erlassen und reicht dieser nachträglich ein Krankheitsattest ein, so ist nicht der Haftbeschluß wieder aufzuheben. Der Nachweis der Erkrankung führt nur dazu, daß, solange der Zustand des Schuldners dauert, die Haft nach § 906 nicht vollstreckt werden kann. Die Unzulässigkeit der Haftvollstreckung hat der Schuldner im Wege des § 766 geltend zu machen.

3. R. **05** 137 (Celle). Der im Eidesleistungstermin ausgebliebene Schuldner kann die sofortige Beschwerde gegen den Haftbefehl darauf stützen, daß er zur Eidesleistung nicht verpflichtet sei, insbes. darauf, daß ein vollstreckbarer Titel nicht vorliege.

§ 902. OLG. **10** 396 (Dresden) s. JDR. **3** zu § 902, betr. Verfahren bei Entlassung des Schuldners aus der Haft trotz ungenügenden Vermögensverzeichnisses.

§ 903. 1. Adler, BayRpflZ. **05** 407. Das Erfordernis einer besonderen Glaubhaftmachung von späterem Vermögenserwerbe des Schuldners ist in allen jenen Fällen überflüssig, in welchen schon aus dem Inhalte des Vollstreckungstitels oder Pfändungsprotokolls erhellt, daß der Schuldner seit seiner letzten Eidesleistung eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, mit welcher regelmäßig das Entstehen von besonderen Vermögenswerten, insbesondere von Außenständen verbunden ist, wenn er also ein selbständiges geschäftliches Unternehmen innegehabt oder eine selbständige Vermittlungstätigkeit ausgeführt hat u. dgl.

2. **a)** LG. Nürnberg, BayRpflZ. **05** 182, LG. I München, SeuffBl. **05** 682. Da § 903 von Amts wegen zu berücksichtigen ist, so hat das Gericht die Anberaumung des Termins abzulehnen, wenn ihm schon bei Einreichung der Ladung zum Offenbarungseide bekannt wird, daß der Schuldner innerhalb der letzten 5 Jahre den Offenbarungseid geleistet hat, falls der Gläubiger nicht späteren Vermögenserwerb glaubhaft macht. Vgl. JDR. **3** § 903 II 1. — **b)** LG. München, JustdRundsch. **05** 12, SeuffBl. **05** 188, PosMSchr. **05** 31, Justd. Rundsch. **05** 150, R. **05** 198 (Posen). § 903 ist von Amts wegen zu beachten. Der Schuldner kann die bereits erfolgte Eidesleistung auch nach Erlaß des Haftbefehls noch im Wege der sofortigen Beschwerde geltend machen. — LG. Nürnberg, BayRpflZ. **05** 136. Stellt das AG. bei Vorführung des verhafteten Schuldners fest, daß die Voraussetzungen des § 903 vorliegen, so hat es den Schuldner zu entlassen, wenn der Gläubiger nicht glaubhaft macht, daß der Schuldner inzwischen Vermögen erworben hat. — Vgl. JDR. **3** § 903 II 2.

3. OLG. **10** 398, R. **05** 504 (KG.). Ob die Voraussetzungen des § 903 vorliegen, hat auch im Verwaltungszwangsverfahren das für Abnahme des Offenbarungseids zuständige Amtsgericht, nicht die Vollstreckungsbehörde zu prüfen, wie aus der Zitierung des § 903 im § 21 Abs. 2 Satz 2 VO. v. 15. 11. 99 folgt.

4. LG. Hof, JustdRundsch. **05** 300. Aus Grund und Zweck der §§ 903, 792 folgt als Absicht des Gesetzes, daß auch ein dritter vollstreckungsberechtigter Gläubiger Abschrift des vom Schuldner beschworenen Vermögensverzeichnisses verlangen darf.

§ 904. LG. I München, BayRpfl.Z **05** 301, führt aus, daß nach der oberstinstanzlichen Rechtsprechung in Bayern dem Gerichtsvollzieher solange und insoweit

der Zutritt zu den Räumen Dritter zwecks Verhaftung des Schuldners nicht versagt werden darf, als dem Schuldner selbst dieser Aufenthalt zusteht oder faktisch gewährt ist. Räume, die der Schuldner zum Aufenthalte — wenn auch nicht zum Schlafen — zu benutzen pflegt, sind als dessen Wohnung anzusehen; die Gewahrsamsfrage ist bei Verhaftungen gleichgültig.

§ 911. Ermel, DJZ. **05** 909, hält aus denselben Gründen wie Winter, JDR. **3** § 911, die Partei, der das Armenrecht bewilligt ist, zur Zahlung des Haftkostenvorschusses nicht für verpflichtet. Vgl. im übrigen zu § 115 Nr. 5.

§ 915. 1. LG. Frankenthal, NaumburgAK. **05** 28, JustdRundsch. **05** 53, 274. Die Erteilung schriftlicher Auskünfte aus dem Schuldenverzeichnis ist unzulässig. — AM. die BadJustMinAnw. v. 30. 12. 04, BadRpr. **05** 29, LG. München, BayRpflZ. **05** 87, bezügl. des mit einem Vollstreckungstitel versehenen Gläubigers.

2. LG. Colmar, JustdRundsch. **05** 122, ElsLothZ. **05** 493. Das Recht der Einsichtnahme schließt das Recht der Notizentnahme in sich.

Fünfter Abschnitt. Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 916. **RG.** R. **05** 650. Auch zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs kann ein Arrest erlassen werden, da dieser Anspruch sich unter Umständen in eine Geldforderung (auf das Interesse) umwandeln kann. — Ebenso **RG. 41** 89, 90, wo die Anordnung des Arrestes sogar schon für zulässig erklärt ist, bevor der Anfechtungsgläubiger einen vollstreckbaren Titel erlangt hat.

§ 917. 1. SächsOLG. **26** 539. Ein dinglicher Arrest kann nicht angeordnet werden, um dem aus einer vollstreckbaren, von einer Gegenleistung abhängigen Forderung Berechtigten die Befreiung von der Gegenleistung zu verschaffen.

2. **RG.** R. **05** 168. Vereinigt ein Gesellschafter einer GmbH. sämtliche Geschäftsanteile in seiner Hand, so kann ein Gläubiger wegen Gefährdung einer ihm gegen den Gesellschafter persönlich zustehenden Forderung einen Arrest in das Gesellschaftsvermögen ausbringen.

§ 919. (§ 936.) R. **05** 596 (Stuttgart). Ist bei einem zunächst unzuständigen Gericht eine einstweilige Verfügung beantragt, durch nachfolgende Klageerhebung das Gericht aber zum Gericht der Hauptsache gemacht, so ist damit dessen Zuständigkeit auch für die einstweilige Verfügung nachträglich begründet. Vgl. **RG. 52** 136. AM. Gaupp-Stein § 919 Anm. Ib Abs. 2.

§ 920. 1. OLG. **11** 119 (Hamburg). Die Angabe bestimmter Gegenstände, in welche vollstreckt werden soll, gehört nicht in den Arrestbefehl, ihre Bezeichnung in diesem ist ohne rechtliche Bedeutung. Vertreter des Schuldners im Arrestverfahren kann deshalb nur derjenige sein, welcher kraft Gesetzes oder auf Grund einer Vollmacht den Schuldner in der Gesamtheit seiner vermögensrechtlichen Beziehungen zu vertreten berufen ist.

2. **RG.** SeuffA. **60** 38. Das RG. erörtert an einem Falle, in dem der Kläger als Patentträger zum alleinigen Vertriebe eines bestimmten Fabrikats berechtigt zu sein behauptete, der Beklagte dies bestritt und widerklagend beantragte, dem Kläger zu verbieten, sich als allein zu jenem Vertriebe berechtigt zu bezeichnen und das Fabrikat des Beklagten für eine unbefugte Nachahmung zu erklären, den Unterschied der Beweislast im Hauptprozeß und der Glaubhaftmachungspflicht bei Beantragung einer einstweiligen Verfügung: Für den Hauptprozeß folgt daraus, daß dem Kläger der Beweis für den Umfang des ihm erteilten Patentschutzes obliegt, daß beim Mißlingen dieses Beweises eine Störung des freien Gewerbebetriebs des Beklagten vorgefallen und sonach die negatorische Widerklage begründet ist. Wer aber im Wege der einstweiligen Verfügung

Schutz in seinem freien Gewerbebetriebe gegen die Patentberühmungen eines anderen nachsucht, muß glaubhaft machen, daß ihm keine Patentverletzung zur Last falle. Der Umstand, daß der Patentträger gleichzeitig eine einstweilige Verfügung in umgekehrter Richtung nachgesucht, aber ohne Erfolg unternommen hat, den von ihm behaupteten Umfang des Patents glaubhaft zu machen, kann den Gegner nicht von der ihm obliegenden Glaubhaftmachung befreien. Die gegenteilige Annahme würde den Rechtszustand ergeben, daß jeder Gewerbetreibende, der einer Patentverletzung bezichtigt wird, auf sofortigen richterlichen Schutz hiergegen Anspruch machen könnte, wenn es dem Patentträger nicht sogleich gelingt, den Umfang seines Patents glaubhaft zu machen.

§ 921. 1. BadRpr. **05** 139, R. **05** 533 (Karlsruhe). Abs. 2 Satz 1 setzt voraus, daß der Arrestgrund schlüssig vorgetragen ist. Nur der Mangel der Glaubhaftmachung wird durch die Sicherheitsleistung ersetzt.

2. SächsOLG. **26** 180. Ist ein Arrest gegen Sicherheitsleistung erlassen und vollzogen, sodann im Hauptverfahren der Beklagte durch Vorbehaltsurteil nach dem Klagantrage verurteilt, ihm jedoch die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, so ist, solange noch das Nachverfahren schwebt, die Veranlassung für die Sicherheitsleistung nicht als weggefallen (§ 109) zu erachten. Zwar wandelt sich auf Grund des Vorbehaltsurteils das Arrestpfandrecht in ein Vollstreckungspfandrecht und ist der von da ab dem Arrestbeklagten durch die Vollstreckung erwachsende Nachteil nicht auf die Arrestanordnung, sondern auf Vollstreckung des Vorbehaltsurteils zurückzuführen. Aber dem Arrestbeklagten kann dadurch, daß bereits auf Grund des Arrestes gepfändet ist, ein besonderer Schaden erwachsen, für den der Arrestkläger im Falle der Aufhebung des Vorbehaltsurteils nach § 945 einzustehen hat und für den die Sicherheit haftet.

§ 922. BadRpr. **05** 346 (Karlsruhe). Ist der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß zurückgewiesen, so kann der erste Richter auf die hiergegen eingelegte Beschwerde nicht mehr mündliche Verhandlung anordnen. Die mündliche Verhandlung, welche nicht die des § 573 ist und sein kann, müßte nach § 922 Abs. 1 mangels gütlicher Erledigung mit einem Urteil abschließen. Fiele dies Urteil gegen den Beschwerdeführer aus, so lägen gegen ihn zwei Entscheidungen, der abweisende Beschluß und das abweisende Urteil vor und der Beschwerdeführer wäre nun auf den Weg der Berufung gedrängt. Dies ist aber mit dem § 571 unvereinbar, in welchem dem ersten Richter nur anheimgegeben ist, entweder der Beschwerde abzuhelfen oder die Beschwerde dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

§ 924. 1. (§§ 925, 927, 936.) **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1071, JW. **05** 209, R. **05** 284. Die Rechtsbehelfe des Widerspruchs (§ 924) und des Aufhebungsantrags wegen veränderter Umstände (§ 927) sind zwar insofern verschieden, als bei einem Verfahren auf Grund erhobenen Widerspruchs der Gläubiger, im anderen Falle der Schuldner die Parteistellung des Angreifers hat und zur Glaubhaftmachung verpflichtet ist. Beide verfolgen aber bei gleichem Antrage auch das gleiche Ziel: die Aufhebung der vom Schuldner beanstandeten Anordnung. Gleichartig ist auch die Art und Weise der Einlegung. Beide Rechtsbehelfe können deshalb in demselben Verfahren verbunden werden.

2. HansGZ. **05** Beibl. 2, R. **05** 111 (Hamburg). Der Widerspruch wird nicht durch eine Klage auf Aufhebung des erlassenen Arrestes ersetzt.

3. ElsLothZ. **05** 152, R. **04** 555 (Colmar) — vgl. JDR. **3** § 924 —. Im Widerspruchsverfahren bleibt der Gläubiger „Arrestkläger".

§ 927. R. **05** 83 (Jena). Auch nach rechtskräftiger Anordnung des Arrestes findet § 927 Anwendung.

§ 929. Abs. 2. 1. ElsLothZ. **05** 287 (Colmar). Ist der Arrestbefehl dem Antragsteller formlos ausgehändigt, so läuft die Frist des § 929 Abs. 2 erst von der Zustellung an den Gegner.

2. KGBl. **05** 38, R. **05** 284 (KG.). Die Vollziehungsfrist des § 929 Abs. 2 kann durch Parteivereinbarung verlängert werden, auf ihre Einhaltung kann wirksam, auch stillschweigend, verzichtet werden. Die Erhebung des Widerspruchs ist deshalb auch noch nach Ablauf der Frist statthaft. Verzichtet der Arrestantragsteller nach erhobenem Widerspruch auf die Rechte aus dem Arrestbefehle, so steht dies der Zurücknahme des Arrestantrags gleich (vgl. §§ 271 Abs. 3, 306). Der Antragsteller hat deshalb die Kosten des Verfahrens zu tragen, ohne daß über die materiellen Grundlagen des Arrestes weiter zu verhandeln ist.

3. R. **05** 683 (Jena). Bei einstweiligen Verfügungen, die dem Schuldner die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen auferlegen, trifft der gesetzgeberische Gedanke des § 929 Abs. 2, daß die Vollziehung nicht unter anderen Umständen, als denen zur Zeit der Anordnung des Arrestes stattfinde, nicht zu. Eine derartige einstweilige Verfügung wird durch Pfändung vollzogen, auf diese zum Teil vielleicht erst nach Jahren erfolgende Vollziehung findet aber § 929 Abs. 2 keine Anwendung.

§ 930. 1. R. **05** 21 (Breslau). Auf Grund der im Arrestwege erfolgten Pfändung einer Wechselforderung ist der Arrestkläger weder Zahlung noch Hinterlegung zu verlangen berechtigt. § 1281 BGB. ist auf ein Pfändungspfandrecht nicht anwendbar. — Ebenso R. **05** 284 (Colmar). Der Arrestgläubiger ist auch nicht berechtigt, sich die gepfändete Forderung überweisen zu lassen.

2. *Rünger, DJZ. **05** 258. Gilt für den Antrag auf Pfändung einer Forderung, wenn er bei dem LG. als Arrestgericht gestellt wird, Anwaltszwang? Die Frage ist zu verneinen. Wenn § 928 auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die ZwV. entsprechend angewendet wissen will, so sollen damit die Vorschriften über das den Amtsgerichten überwiesene Vollstreckungsverfahren insgesamt getroffen werden, also auch einschließlich des Grundsatzes, daß die Anträge beim Vollstreckungsgericht (§ 828 Abs. 2) dem Anwaltszwange nicht unterliegen.

§ 932. Abs. 2. (§ 866.) **RG. 60** 279, JW. **05** 296, RJA. **5** 256, ZBlFG. **6** 832, R. **05** 228 — Beschluß v. 15. 3. 05 auf Grund des § 79 Abs. 2 GBO.: § 866 Abs. 3 Satz 2, wonach eine Zwangshypothek nur für eine den Betrag von 300 M. übersteigende Forderung eingetragen werden kann, findet gemäß § 928 auch auf die Arresthypothek Anwendung, denn auch bei ihr trifft der für die Bestimmung des § 866 maßgebend gewesene gesetzgeberische Grund zu, daß kleine Zwangshypotheken vom Grundbuche ferngehalten werden sollen. — Ebenso RJA. **1** 20 (KG.), SeuffA. **57** 173 (Dresden), BadRspr. **03** 465 (Karlsruhe), JW. **01** 415 (Colmar); Dernburg, Sachenrecht § 245 Nr. 2, Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht (2) I 865 Bem. B 1, Fuchs, GrundbR. I 637 Bem. 21, Predari, GBO. 270 Anm. 2b, Planck, BGB. III 603 Anm. 3d, Achilles-Strecker, GBO. 98, Oberneck, GrundbR. (3) I 996, Kretzschmar, GrundbR. I 249, Fischer-Schäfer, ZVG. 164 Anm. 3, Petersen-Remelé-Anger, ZPO. Anm. 3c zu § 866. AM. Gaupp-Stein und Struckmann-Koch zu § 932, Endemann, BürgerlR. II § 126 Anm. 26, Cosack, BürgerlR. II § 226. Vgl. auch NaumburgAK. **05** 95; s. JDR. **3** § 932 II.

§ 935. 1. R. **05** 621 (Colmar). Das Gericht kann — ebenso wie es bei Beurteilung eines Klaganspruchs nicht an die diesem vom Kläger gegebene rechtliche Qualifikation gebunden ist, — eine unter dem Gesichtspunkte des § 935 beantragte einstweilige Verfügung unter dem des § 940 würdigen.

2. ElsLothZ. **05** 178 (Colmar). Zur Sicherung einer Geldforderung ist nur ein Arrest, nie eine einstweilige Verfügung zulässig.

§ 936. 1. (§ 920.) SächsOLG. **26** 548. Der Antragsteller darf nicht um Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach mündlicher Verhandlung bitten, ohne zugleich die für den Erlaß erforderlichen Tatsachen glaubhaft zu machen.

2. (§ 925.) BayRpflZ. **05** 157 (Zweibrücken). Im Widerspruchsverfahren gemäß §§ 936, 925 kann die angegriffene einstweilige Verfügung durch eine andere ersetzt werden (z. B. eine Vormerkung durch ein Veräußerungsverbot). Nur darf die neue Verfügung dem Widersprechenden nicht nachteiliger sein. Vgl. Petersen-Anger (4) Anm. 2 zu § 925.

§ 937. Abs. 2. 1. BadRpr. **05** 346 (Karlsruhe). Ist in einem nicht dringenden Falle über die Erlassung einer einstweiligen Verfügung durch Beschluß entschieden, so ist auf die Beschwerde der Beschluß vom Beschwerdegericht aufzuheben und mündliche Verhandlung vor dem ersten Richter anzuordnen.

2. MecklZ. **23** 25 (Rostock). Gegen den Beschluß, durch den entgegen dem Antrage des Gläubigers mündliche Verhandlung über den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung angeordnet wird, ist eine Beschwerde nicht zulässig.

§ 938. I. Abs. 1. 1. **a)** **RG.** SächsA. **15** 622, R. **05** 475. Gemäß §§ 936, 928, 888, 890 ist auch für die einstweilige Verfügung das Zwangsmittel der Geldstrafe an die Höchstsumme von 1500 M. für jede Zuwiderhandlung gebunden. — **b)** OLG. **10** 401 (Dresden). Läßt sich nicht feststellen, daß der Antragsgegner bewußt gegen die Verfügung verstoßen hat, so kann ihn Strafe nicht treffen.

2. OLG. **11** 118 (Hamburg). Durch eine einstweilige Verfügung können anderen Personen als dem Antragsgegner Verpflichtungen nicht auferlegt werden.

II. Abs. 2. AG. Grimma, LG. Leipzig, ZBlFG. **6** 217. Gegen Kretzschmar (Komm z. ZVG. 11) ist mit Heinze, ZBlFG. **4** 402 ff., anzunehmen, daß die Sequestration nach § 938 Abs. 2 ZPO. etwas von der Zwangsverwaltung im Sinne des G. v. 24. 3. 97 durchaus Verschiedenes ist. Letzteres Gesetz hat nur die Zwangsverwaltung in vim executionis, § 938 Abs. 2 dagegen diejenige in vim securitatis zum Gegenstande.

§ 939. **RG.** JW. **05** 155, R. **05** 228. Während beim Arrest allemal eine schlechthin vertretbare Leistung in Frage steht, für welche die Sicherheit ein jederzeitiges Äquivalent bieten kann, ist ein solches Äquivalent bei dem Gegenstande der einstweiligen Verfügung der Natur der Sache nach in der Regel ausgeschlossen. Deshalb bestimmt § 923 für den Arrest, daß in jedem Arrestbefehl ein Geldbetrag festzustellen ist, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung gehemmt und der Schuldner zum Antrage auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird. Ebenso bestimmt § 925 Abs. 2, daß auf den Widerspruch hin die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung des Arrestes von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden könne, und § 927, daß selbst nach Bestätigung des Arrestes die Aufhebung desselben auf Grund des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung beantragt werden könne. Dagegen kann nach § 939 die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung nur unter besonderen Umständen gestattet werden, weil eben für die durch die einstweilige Verfügung bezweckte Sicherheit oder Regelung ein vollwertiger Ersatz in der Leistung einer Sicherheit regelmäßig nicht gefunden werden kann.

§ 940. 1. Wesentlicher Nachteil. **RG.** JW. **05** 155, R. **05** 228. Als wesentliche Nachteile kommen nur Nachteile für den Antragsteller in Betracht, nicht Nachteile für den Antragsgegner, der dem Antrage auf Erlaß der einstweiligen Verfügung entgegentritt oder die Aufhebung derselben begehrt.

2. Anwendungsfälle. — a) SächsOLG. 26 554. Zulässig ist eine einstweilige Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung einer noch nicht verlautbarten Eigentümerhypothek. Der Umstand, daß die Eintragung der Vormerkung erst nach Umschreibung der Hypothek erfolgen kann (§ 40 Abs. 1 GBO.), steht dem Erlaß nicht entgegen, da die Gläubigerin durch die einstweilige Verfügung in die Lage versetzt wird, die Umschreibung der Hypothek auf den Eigentümer zu betreiben (§ 14 GBO.) und sich so die Möglichkeit zur Eintragung der Vormerkung zu verschaffen. — b) OLG. 10 401 (KG.). Eine einstweilige Verfügung dahin, daß ein entlassener Angestellter Aufzeichnungen, die er sich widerrechtlich gemacht hat, herausgebe, ist nicht zulässig. Dem Antragsgegner kann nur die Veröffentlichung untersagt werden. — c) SächsOLG. 26 550. Durch einstweilige Verfügung kann einer Person untersagt werden, wahrheitswidrige, dem Antragsteller nachteilige Behauptungen zu verbreiten. — d) RG. GruchotsBeitr. 49 955. Das nach der Beendigung einer ehelichen Gütergemeinschaft ins Leben tretende Rechtsverhältnis (§§ 1471—1473 BGB.) kann Gegenstand einer einstweiligen Verfügung sein. — e) RG. ElsLothZ. 05 345. Auch der Ehegatte, der ohne Scheidungsgrund den anderen verlassen hat, kann nach § 940 ZPO. die Gewährung einer Unterhaltsrente aus § 1361 BGB. im Wege der einstweiligen Verfügung erwirken, wenn er nur glaubhaft macht, daß das Verlangen des anderen Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft sich als Mißbrauch seines Rechtes darstellt (§ 1353 Abs. 2 BGB.). — f) Kostenvorschußpflicht des Ehemanns. SächsOLG. 26 544. Die Verpflichtung des Mannes, der auf Scheidung klagenden Frau einen Prozeßkostenvorschuß zu leisten, ist lediglich eine Folge der Verwaltung und Nutznießung des eheweiblichen Vermögens seitens des Ehemanns. Ob der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Zahlung des Vorschusses gerechtfertigt ist, ist in jedem einzelnen Falle nach der gegebenen Sachlage zu entscheiden. Der Erlaß ist abzulehnen, wenn mit einiger Sicherheit zu erkennen ist, die einstweilige Verfügung werde der Frau nichts nützen; diese vielmehr schließlich doch gezwungen sein, das Armenrecht zu erbitten. S. § 1387 BGB. I—V; § 1387 BGB.; vgl. JDR. 3 § 940 Nr. 4.

3. Anwendung verneint. PuceltsZ. 05 59 (Köln). Streitigkeiten darüber, ob der Mieter berechtigt ist, den Mietzins nach § 537 BGB. zu mindern, berechtigen den Mieter nicht, zu verlangen, daß ihm auf Grund des § 940 die öffentliche Hinterlegung der fälligen Mietzinsen gestattet werde.

4. (§ 627.) R. 05 83 (Braunschweig). Ist Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben, so ist eine einstweilige Verfügung nur aus § 940, nicht aus § 627 zulässig. Die einstweilige Verfügung kann aber nicht in betreff der Fürsorge für die Kinder ergehen, da diese keinen Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis hat.

§ 942. I. Abs. 1. 1. Gericht der Hauptsache. — a) OLG. 10 404, SeuffA. 60 40, R. 05 504 (Kassel). Hat das AG. gemäß § 942 Abs. 1 eine einstweilige Verfügung zur Sicherung eines Untersagungsrechts gegen Vornahme einer unerlaubten Handlung erlassen, so ist doch Gericht der Hauptsache für die Verfolgung des Untersagungsanspruchs das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes des Beklagten. Der Umstand, daß bei Zuwiderhandlung gegen das Verbot bei dem Gericht des Ortes der Zuwiderhandlung eine Schadensersatzklage erhoben und dort mit der Klage auf Unterlassung würde verbunden werden können (§ 32 ZPO.), kann die Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk die Zuwiderhandlung stattgefunden hat, als des Gerichts der Hauptsache nicht eher begründen, als tatsächlich eine solche verbundene Klagerhebung stattgefunden hat. — b) OLG. 10 402,

R. 05 504 (Augsburg). Das OLG. behandelt die Frage, welches Gericht als Gericht der Hauptsache im Sinne des § 3 UnlWG. anzusehen ist.

2. Marcus, R. 05 397. Nicht das Gericht der Hauptsache, sondern lediglich das AG. hat darüber zu entscheiden, ob die Frist zur Ladung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung innegehalten ist. Rügt der Provokat im Verfahren vor dem Hauptgericht die Nichteinhaltung der Frist nicht, so erlischt damit das Recht aus § 942 Abs. 3 (§§ 224 Abs. 1, 295). Rügt er die Nichteinhaltung, so hat das Hauptgericht die Entscheidung auszusetzen und dem Provokaten aufzugeben, die Entscheidung des Amtsgerichts beizubringen. Erscheint der Provokat nicht, so darf das Gericht der Hauptsache die Einhaltung der Frist nicht prüfen. — Im Ergebnis zustimmend: Armstroff, R. 05 498.

II. Abs. 2. SchlHolstAnz. 05 163 (Kiel). Die Vormerkung aus § 883 BGB. bezweckt die Sicherung eines obligatorischen Anspruchs auf Einräumung eines dinglichen Rechtes an einem Grundstück und setzt voraus, daß ein solcher Anspruch materiell — z. B. zufolge eines gesetzlichen Pfandrechtstitels oder zufolge einer durch Rechtsgeschäft begründeten Verpflichtung des Schuldners — besteht. Eine bloße Geldforderung ist kein solcher Anspruch. Die Sicherung einer Geldforderung kann nur im Wege des Arrestes erfolgen und zwar alsdann durch Eintragung einer Sicherungshypothek, es kann aber zu ihrer Sicherung nicht im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Sicherungshypothek angeordnet werden.

§ 943. PosMSchr. 05 32, JustdRundsch. 05 151, R. 05 198 (Posen). Freilich bestimmt § 943, daß als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen des V. Abschnitts, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen ist. § 943 bezieht sich aber nur auf die Zeit der Stellung des Antrags auf Erlassung des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung. Ist der Arrestantrag bei dem Gericht erster Instanz zu einer Zeit, als bei diesem noch die Hauptsache anhängig war, gestellt, so ist dadurch das Arrestgericht bestimmt. Zur Entscheidung über den Widerspruch ist nach §§ 924, 925 das Arrestgericht auch dann zuständig, wenn vor dessen Erhebung der Hauptprozeß in die Berufungsinstanz gelangt ist.

§ 945. 1. Anwendbarkeit. **a)** **RG.** R. 05 475. Der Anspruch aus § 945 besteht nicht nur dann, wenn die einstw. Verfügung im Widerspruchsverfahren aufgehoben ist, sondern auch dann, wenn im Hauptverfahren festgestellt ist, daß der der einstw. Verfügung zugrunde liegende Anspruch nicht bestanden hat, die Verfügung also von Anfang an ungerechtfertigt war. — **b)** R. 05 372 (KG.). § 945 greift auch dann Platz, wenn der Arrest nicht durch Urteil beseitigt oder wenn es bei Anordnung durch Beschluß zu einem Widerspruchsverfahren nicht gekommen ist. Dann hat das über den Ersatzanspruch angerufene Gericht die Frage der Rechtmäßigkeit der Anordnung des Arrestes zu prüfen. — **c)** **RG.** R. 05 228. Als von Anfang an ungerechtfertigt ist die Arrestanordnung schon dann anzusehen, wenn eine den Hauptanspruch beseitigende Einrede zur Zeit der Anordnung glaubhaft erscheinen mußte.

2. Geltendmachung. Die Ansicht des RG. — JDR. 3 § 945 Nr. 4 —, daß der Schadensersatzanspruch aus § 945 nur mittels besonderer Klage, nicht — entsprechend den Vorschriften der §§ 302 Abs. 4, 717 Abs. 2 — in dem über den Arrest oder die einstw. Verfügung anhängigen Verfahren geltend gemacht werden kann, sind beigetreten: Gaupp-Stein (6/7) § 945 Anm. III, Seuffert a. a. O. Anm. 4b, Petersen-Remelé-Anger (5) a. a. O. Anm. 1, Sydow-Busch (10) a. a. O. Anm. 1. AM. Struckmann-Koch (8) § 945 Anm. 2. Vgl. NaumburgAK. 05 96, BraunschwZ. 05 146 (Braunschw.), Bendix, R. 05 247.

3. Keine Nachprüfung der Aufhebung. **RG. 59** 355, JW. **05** 156. Wird ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt aufgehoben, so darf nicht nur die Frage, ob ein Arrestgrund glaubhaft gemacht (bzw. die Anordnung eines Arrestes ohne solche Glaubhaftmachung gegen Sicherheitsleistung angemessen) gewesen sei, sondern auch die entsprechende Frage hinsichtlich des zu sichernden Hauptanspruchs keiner Erörterung in dem nach § 945 erhobenen Schadensersatzprozesse mehr unterzogen werden. — Ebenso Bendix, R. **05** 247. Umgekehrt ist die Anwendung des § 945 ausgeschlossen, wenn ein Arrest einmal im Widerspruchsverfahren rechtskräftig bestätigt ist, es müßte denn der Hauptanspruch in dem Prozeß über die Hauptsache sich nachträglich als von Anfang an unbegründet herausstellen. Vgl. **RG. 58** 236, JW. **04** 416, s. JDR. **3** § 945 Nr. 2.

4. Einwendungen. — Bendix, R. **05** 247. Gegenüber der Klage aus § 945 kann sich der Arrestkläger auf konkurrierendes Verschulden des Arrestbeklagten (§ 254 BGB.) berufen.

5. Keine ausdehnende Auslegung. — **a)** **RG.** SächsA. **15** 493, R. **05** 596. § 945 stellt, ebenso wie die verwandten Vorschriften der §§ 302 Abs. 4, 600 Abs. 2, 717 Abs. 2, eine Ausnahme von dem allgemeinen Rechtssatze dar, daß außerhalb vertraglicher Verhältnisse wegen objektiver Rechtsverletzung nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit eine Schadensersatzpflicht begründet ist. § 945 darf deshalb nicht ausdehnend ausgelegt werden. Er findet insbesondere keine Anwendung, wenn durch die Arrestanordnung in Eigentumsrechte eines Dritten eingegriffen ist. — **b)** OLG. **10** 404, R. **05** 504 (Hamburg). Der Anordnung des Arrestes steht im Sinne des § 945 die Androhung eines solchen nicht gleich. § 945 darf nicht ausdehnend ausgelegt werden.

Neuntes Buch. Aufgebotsverfahren.

§ 958. LG. Magdeburg, NaumburgAK. **05** 12. „Kenntnis vom Ausschlußurteil" erfordert nicht eine genaue Wissenschaft über das Aufgebotsverfahren als solches, sowie darüber, daß der Verlust der klägerischen Ansprüche in dem anberaumten Termin im Falle seines Nichterscheinens durch „Ausschlußurteil" ausgesprochen werden würde. Es genügt vielmehr schon die Kenntnis des Aufgebotstermins und das Bewußtsein, das Nichterscheinen in diesem Termin werde den Verlust irgendwelcher Ansprüche aus der aufgebotenen Urkunde nach sich ziehen.

§ 986. LG. Graudenz, PosMSchr. **04** 163, JustdRundsch. **05** 187. Das Erbieten zur Eidesleistung genügt zur Glaubhaftmachung nicht.

§ 1007. LG. Halle, NaumburgAK. **05** 96. Die Abschrift der Urkunde bedarf keiner Beglaubigung. Ebenso u. a. Daude, Aufgebotsverfahren (3) 65, Gaupp-Stein (6/7) 846, § 1007 Nr. 2.

§ 1011. Adam, DJZ. **05** 908, weist darauf hin, daß die Erleichterung des Aufgebots durch § 1011 für die Reichs- und preußischen Staatsschuldverschreibungen unmittelbar nicht Platz greift, da die Schuldenverwaltung mit Rücksicht auf Art. 17 § 2 AGBGB., § 16 Abs. 2 RSchuldenO. v. 19. 3. 00 eine Kontrolle der zur Einlösung gelangenden Zinsscheine nicht vornimmt und deshalb die Ausstellung des Schlußattestes (§ 1011 Abs. 2) regelmäßig ablehnt. Nach § 1012 in Verbindung mit § 1011 ist jedoch auch bei den genannten Papieren das Aufgebot vor Ablauf der im § 1010 gesetzten Frist zulässig, wenn die Zinsscheine für die auf den Verlust folgenden vier Jahre vorgelegt werden. Da — von dem letzterwähnten Falle abgesehen — ein nach § 1011 eingeleitetes Aufgebotsverfahren bezüglich der genannten Anleihen nie zu einem Urteile führen könnte, so ist es von vornherein unzulässig.

Zehntes Buch. Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 1025 ff. Literatur: Reinhard, Vom schiedsgerichtlichen Verfahren und seinen Mängeln, R. **05** 406 ff.

§ 1025. 1. *Reinhard. Der Abschluß von Schiedsverträgen ist nicht ratsam; wenn aber ein Schiedsvertrag geschlossen werden soll, so empfiehlt es sich jedenfalls, den oder die Schiedsrichter sofort im Schiedsvertrage zu ernennen. Die Kosten des Schieds- und Vollstreckungsverfahrens sind sehr oft viel höher, als die des ordentlichen Verfahrens. Vgl. die Bemerkungen zu §§ 1029, 1031, 1034, 1036, 1042.

2. *Ungewitter, SeuffBl. **05** 500. Parteien, zwischen denen bereits eine Rechtsstreitigkeit entstanden ist oder in Zukunft ein Streit in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis entstehen kann, haben die Befugnis, auf den Rechtsschutzanspruch durch Urteil der staatlichen Gerichte zu verzichten und zu vereinbaren, daß die Entscheidung der Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolge. Für diese Vereinbarung (Schiedsvertrag) ist keine Form vorgeschrieben; der Vertrag kann mündlich oder schriftlich geschlossen werden; es ist auch nicht der Gebrauch bestimmter auf das schiedsrichterliche Verfahren abzielender Worte notwendig, wenn nur aus der Vereinbarung zu entnehmen ist, daß der wirkliche Wille der Parteien dahin ging, einen Schiedsvertrag abzuschließen.

3. PucheltsZ. **05** 457 (Köln). Die Vorschrift des Statuts einer Gesellschaft, nach der die Entscheidung aller Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern aus dem Vertrag einschließlich der Festsetzung einer Konventionalstrafe unter Ausschluß des gerichtlichen Weges der Generalversammlung zustehen soll, bestellt das maßgebende Willensorgan der Gesellschaft selbst zum Schiedsrichter. Diese Bestellung ist unzulässig, da sie den anerkannten Rechtsgrundsatz verletzt, daß niemand in eigener Sache Schiedsrichter sein kann. Vgl. **RG. 29** 319, **55** 326.

4. **RG.** JW. **05** 54, R. **05** 137. Auch ein Verein kann zum Schiedsrichter berufen werden. Welches Organ des Vereins das Schiedsrichteramt auszuüben hat, ist Auslegungsfrage.

§ 1029. 1. *Reinhard. Die Bildung des Schiedsgerichts kann sich sehr weit hinausziehen, wenn, was erfahrungsgemäß häufig geschieht, von dem nach § 1032 zustehenden Ablehnungsrecht ausgiebig Gebrauch gemacht wird.

2. SeuffA. **60** 165 (Hamburg). Das auf Ernennung eines Schiedsrichters abzielende Verfahren wird durch den Konkurs des Schuldners unterbrochen.

§ 1031. 1. **RG. 59** 247, JW. **05** 53, R. **05** 83. Der § 1031 eröffnet zwar einen Weg, im Falle der Weigerung eines nicht im Schiedsvertrag ernannten Schiedsrichters, sein Amt auszuüben, zu einem neuen Schiedsrichter zu gelangen. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, den vertragsbrüchigen Schiedsrichter im Wege der Klage zur Erfüllung seiner übernommenen Pflichten anzuhalten. Diese Klage steht beiden Parteien zu, da durch die Annahme des Schiedsrichteramts, auch wenn sie nur einer Partei gegenüber erklärt wird, die Verpflichtung zur Ausführung des Amtes gegenüber beiden Parteien begründet wird. Keine Partei kann deshalb auch einseitig den von ihr ernannten Schiedsrichter von seinen Pflichten lösen. (Weiteres s. o. Ziff. 4 f zu § 611 BGB.)

2. *Reinhard. Dadurch, daß insbesondere in verwickelten Rechtsstreiten nicht selten einer von mehreren Schiedsrichtern, bisweilen unmittelbar vor der Unterzeichnung des Schiedsspruchs oder erst vor dessen Zustellung vom Amte zurücktritt, kann die Entscheidung unabsehbar verzögert werden.

§ 1032. 1. BadRpr. **05** 37 (Karlsruhe). Die Ablehnung eines Schiedsrichters ist nach Erlassung des Schiedsspruchs nicht mehr zulässig.

2. **RG.** PucheltsZ. **05** 519. Der in der Befangenheit des Obmanns liegende Mangel des Verfahrens wird dadurch geheilt, daß die Partei, der gegenüber die Befangenheit besteht, trotz Kenntnis dieser Tatsache ausdrücklich oder stillschweigend der Bestellung dieses Obmanns zustimmt. Als stillschweigende Zustimmung wird es in der Regel zu gelten haben, wenn die betreffende Partei zu der Wahl trotz Kenntnis des Mangels schweigt.

§ 1033. **RG.** JW. **05** 738. Die Vorschriften über Unterbrechung des Verfahrens (§§ 239 ff.) gelten nicht für das schiedsrichterliche Verfahren. Für das Verfahren fehlt die Möglichkeit, dem Verfahren durch Aufnahme nach Maßgabe der ZPO. oder der KO. Fortgang zu verschaffen. Ebensowenig gibt es in ihm Fristen und Prozeßhandlungen, die durch die Unterbrechung beeinflußt werden könnten.

§ 1034. 1. **RG.** JW. **05** 157, R. **05** 228. Die Stellung der Schiedsrichter ist auch hinsichtlich der Ermittelung des Sachverhalts eine freiere als die der staatlichen Richter. Die Parteien sind derart zu hören, daß sie Gelegenheit zu umfassenden Äußerungen erhalten. Sie können aber nicht beanspruchen, über eine jede von den Schiedsrichtern ermittelte oder ihnen von Hause aus bekannte Tatsache eine Mitteilung zu erhalten und über dieselbe in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung sich zu äußern. Es ist vielmehr Sache der Parteien, bei ihren Äußerungen von vornherein auch auf Eventualitäten einzugehen, die ihnen vielleicht fernliegend oder nicht bedeutungsvoll erscheinen, von denen sie sich aber nicht verhehlen können, daß die Auffassung der Schiedsrichter hinsichtlich derselben vielleicht eine wesentlich andere sein kann.

2. BayObLG. **6** 371, R. **05** 533. Dem § 1034 Abs. 1 ist genügt, wenn den Parteien Gelegenheit geboten wird, alles, was ihnen sachdienlich erscheint, vorzubringen. In welcher Form die Parteien gehört werden, ist, wenn die Parteivereinbarung nichts anderes enthält, dem Ermessen der Schiedsrichter überlassen. Vgl. Gaupp-Stein (6/7) Anm. IIa zu § 1034, Seuffert (9) Anm. 6 zu § 1041. — Ebenso BadRpr. **05** 37, 198 (Karlsruhe).

3. E. Heinitz, DJZ. **05** 161, meint, daß durch den Beschluß eines Schiedsgerichts, Rechtsanwälte als Prozeßbevollmächtigte nicht zuzulassen, der Anspruch der Parteien auf Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 1041 Nr. 4) verletzt werde.

4. *Reinhard. Die freie Gestaltung des Verfahrens verbürgt in schwierigen Fällen durchaus nicht einen raschen Gang, weil gerade der gewissenhafte Schiedsrichter auch verspätetes Vorbringen oder Beweiserbieten der Parteien beachten wird, um es nicht für immer auszuschließen.

§ 1036. 1. Leander, DJZ. **05** 501, wendet sich gegen den Beschluß des KG. (KGBl. **99** 26), nach welchem das Schiedsgericht das zuständige Gericht um eidliche Vernehmung eines Zeugen erst dann ersuchen darf, wenn es zuvor den Zeugen selbst vernommen oder von seiner Wissenschaft anderweit, z. B. durch schriftliche Mitteilung, Kenntnis erhalten hat. Er weist darauf hin, daß das Schiedsgericht keinerlei Mittel hat, den Zeugen überhaupt zur Angabe seiner Wissenschaft zu zwingen.

2. (§ 1035.) *Reinhard. Das Beweisverfahren leidet an Schwerfälligkeit und Zerrissenheit. Die Schiedsrichter können Zeugen und Sachverständige nicht zwingen, sich von ihnen vernehmen zu lassen, müssen aber die hierzu Bereiten selbst abhören; die anderen werden vom zuständigen Gericht oder nach dessen Anordnung vom beauftragten oder ersuchten Richter vernommen. Beeidigt werden aber alle Auskunftspersonen vom zuständigen Gericht oder nach dessen Anordnung vom beauftragten oder ersuchten Richter. Das wirkt sehr zeitraubend und macht es häufig unmöglich, die Augenscheinseinnahme mit den Vernehmungen zu verbinden.

§ 1039. 1. BayObLG. **6** 371. Eine gemeinschaftliche Feststellung der einzelnen Sätze des schiedsrichterlichen Urteils ist ebensowenig wie bei dem Urteile des ordentlichen Gerichts erforderlich. Es genügt, wenn die Schiedsrichter sich überzeugen, daß die schriftliche Abfassung des Schiedsspruchs dem Ergebnisse der vorausgegangenen Beratungen entspricht.

2. R. **05** 316 (Colmar). Unterläßt es ein Schiedsrichter, trotz Aufforderung die im § 1039 vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu erfüllen, so kann darin eine „ungebührliche Verzögerung" in der Erfüllung seiner Pflichten liegen, die das Außerkrafttreten des Schiedsvertrags nach sich zieht (§ 1033).

§ 1041. 1. BayObLG. **6** 371. Die Gründe, aus welchen die Aufhebung eines Schiedsspruchs verlangt werden kann, sind im § 1041 erschöpfend aufgezählt. Eine dem § 319 BGB. entsprechende Vorschrift, nach welcher Aufhebung des Schiedsspruchs wegen offenbarer Unbilligkeit begehrt werden kann, ist nicht gegeben, weil dadurch die Schiedssprüche in einem mit dem Zwecke des schiedsgerichtlichen Verfahrens nicht verträglichen Umfange der Nachprüfung durch die Gerichte unterstellt würden.

2. BadRpr. **05** 37, R. **05** 198 (Karlsruhe). Unzulässigkeit des Verfahrens im Sinne des § 1041 Ziff. 1 liegt nicht nur dann vor, wenn es an den allgemeinen Voraussetzungen für das Schiedsverfahren fehlt, sondern auch dann, wenn das schiedsrichterliche Verfahren selbst an wesentlichen Mängeln leidet (ebenso **RG. 24** 397, 404, **35** 425, **40** 405, **47** 426). AM. OLG. Hamburg, JDR. **3** § 1041 Nr. I 1, OLG. Karlsruhe a. a. O. Ein wesentlicher Mangel ist es, wenn die Schiedsrichter von der durch sie vollzogenen Wahl eines Obmanns den Parteien so spät Anzeige machen, daß diese begründete Ablehnungsgesuche nicht mehr rechtzeitig anbringen können.

3. **RG.** SeuffA. **60** 464. Die Einrede der Rechtshängigkeit setzt Identität der Ansprüche voraus (**RG. 50** 419, **54** 50). Aus der Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs erwächst deshalb dem Schuldner diese Einrede gegenüber der Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung nicht.

§ 1042. 1. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1075. Hat das Schiedsgericht über Ansprüche entschieden, die ihm im Schiedsvertrage nicht überwiesen sind, so fehlt dem Schiedsspruche die rechtliche Grundlage, und dies kann gegenüber einer Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils mit Erfolg eingewendet werden. Ist aber über einen dem Schiedsgerichte nicht überwiesenen Streitpunkt von dem Schiedsgerichte ohne Rüge von beiden Parteien verhandelt, so kann der Einwand der mangelnden Zuständigkeit des Schiedsgerichts im staatsgerichtlichen Verfahren nicht mehr erhoben werden. — **b)** SeuffA. **60** 485 (Celle). In dem Verfahren auf Erlaß des Vollstreckungsurteils können Einwendungen geltend gemacht werden, die den durch Schiedsspruch festgestellten Anspruch selbst betreffen, jedoch nur insoweit, als die Gründe, auf denen sie beruhen, vor der letzten Anhörung der Parteien vor dem Schiedsgericht entstanden sind. — **c)** *Reinhard, R. **05** 406 ff. In der Vollstreckungsinstanz kann die unterlegene Partei noch weitgehende Rechte geltend machen. Beantragt sie die Aufhebung des Schiedsspruchs, so kann der Streit noch sechs Instanzen beschäftigen, nämlich dann, wenn das LG. das Vollstreckungsurteil erläßt, das OLG. den Schiedsspruch aufhebt, die dagegen eingelegte Revision verworfen und die Sache an das LG. zurückverwiesen wird, gegen dessen nun über den Anspruch selbst ergehende Entscheidung die gewöhnlichen Rechtsmittel gegeben sind.

2. **a)** **RG. 59** 149. Die Festsetzung der Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens kann nur durch das Schiedsgericht, und zwar, wenn sie nicht bereits in dem bezüglich der Hauptsache ergehenden Spruche erfolgt ist, in einem ergänzenden Spruche erfolgen. Das ordentliche Gericht kann in der fraglichen Rich-

tung nur angerufen werden, wenn ein Vorgehen des Schiedsgerichts, z. B. wegen Todes eines der Schiedsrichter, nicht mehr zu erlangen ist. — Abw. **b)** OLG. **11** 191, SchlHolstAnz. **05** 165 (Kiel). Die nachträgliche Festsetzung der schiedsgerichtlichen Kosten erfolgt durch das Gericht, welches das Vollstreckungsurteil erlassen hat. Mit der Niederlegung des Schiedsspruchs (§ 1039) ist die Tätigkeit des Schiedsgerichts beendet. Vgl. Gaupp-Stein § 1041, Delius, GruchotsBeitr. **39** 831.

§ 1046. Über die Frage, welches Gericht zuständig ist für die Klage auf Vollstreckbarkeitserklärung eines Schiedsspruchs des Deutschen Bühnenschiedsgerichts, sind in ein und derselben Sache fünf Urteile (LG. Halle, OLG. Naumburg, **RG.** NaumburgAK. **05** 71) ergangen, die zur Auslegung der §§ 1039, 1045, 1046 und 1047 beitragen. Die entwickelten Rechtsgrundsätze stehen in enger Beziehung zu der Auslegung der §§ 16, 47, 48 SchiedsGerO. für Bühnenmitglieder.

Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Vorbemerkung: 1. Auch das Jahr 1905 gab reiche Ausbeute an gerichtlichen Entscheidungen und wissenschaftlichen Abhandlungen zum ZVG., namentlich auch über einzelne seiner besonders wichtigen und schwierigen Gebiete, wie die Lehre über Bestandteil und Zubehör (§§ 20, 37, 90), über Vormerkungen, insbesondere des Löschungsanspruchs (§ 48), über Gesamthypothek (§§ 63, 64), über Behandlung der Eigentümerhypothek innerhalb und außerhalb des geringsten Gebots (§§ 50, 114, 115), über Zwangsverwaltungsteilung (§ 161) und über die Bestimmungen des EG. — Alte Streitfrageu werden beigelegt, neue entstehen. — 2. Von den unten vorkommenden reichsgerichtlichen Entscheidungen mit Datum ohne Belegstellen lagen bisher Veröffentlichungen nicht vor. — 3. Die Abkürzung „ZwV." bedeutet unten überall „Zwangsversteigerung", „ZwVerw." dagegen „Zwangsverwaltung". — 4. S. auch die Vorbemerkungen u. vor §§ 50 u. 66.

Literatur: Burghardt, Streifzüge, JustdRundsch. **05** 340 ff. — Dispeker, Die Praxis der ZwV. und ZwVerw. (München 1905). — Lindemann, Das RGes. über die ZwV. und ZwVerw. (Breslau 1905). — v. Schwerin, Streifzüge, JustdRundsch. **05** 362. — Steiner, Ges. über d. ZwV. u. ZwVerw. (München 1905).

Erster Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken im Wege der Zwangsvollstreckung.

Erster Titel. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. 1. Dennler, SeuffBl. **05** 225, bekämpft die Entsch. des BayObLG., **5** 428, wonach mehrere Grundparzellen, die mit dem Willen des Eigentümers als Bestandteile eines einheitlichen Hypothekgegenstandes auf demselben Blatte des Hypothekenbuchs eingetragen sind, auch im Sinne des Art. 14 BayAGBGB. als ein einheitliches Grundstück anzusehen seien. Er verlangt dazu mit LG. Dessau (JDR. **2** Ziff. 3 zu § 890 BGB.) eine besondere und ausdrückliche Willenserklärung des Eigentümers.

2. Über Sonderbelastung eines nicht abgeschriebenen Grundstücksteils und über Zusammenschreiben von Grundstücken s. §§ 63 Ziff. 3, 112 Ziff. 2.

§ 2. **RG.** v. 17. u. 24. 5. 05. Es ist kein gemeinschaftliches Gericht zu bestellen, wenn ein Grundstück im Eigentume der Kommanditgesellschaft, das andere in dem des persönlich haftenden Teilhabers steht.

49*

§ 3. R. **05** 372 Nr. 1707 (Colmar). Die Entscheidung über öffentliche Zustellung der vollstreckbaren Notariatsurkunde, mittels deren die ZwV. betrieben werden soll, steht immer ohne Rücksicht auf die Forderungshöhe dem AG. des betr. Notariatssitzes zu.

§ 6. 1. AG. Straßburg, ElsLothNotZ. **05** 186. Soweit der dem Notar unterstellte Teil des Verfahrens in Betracht kommt, ernennt der Notar den Zustellungsvertreter.

2. Nußbaum, BuschsZ. **34** 118 spricht sich zu Abs. 3 bedingt für Zulässigkeit der Teilnahme nicht rechtsfähiger Vereine am ZwVVerfahren aus. Vgl. zu § 28 Ziff. 2.

§ 9. 1. KGBl. **05** 90 (KG.). Die von einem Beteiligten im ZwVVerfahren ausgestellten Vollmachten sind in Preußen stempelrechtlich als Prozeßvollmachten zu behandeln.

2. Nicht rechtsfähige Vereine s. § 6 Ziff. 2, Dritter als Zahlungsempfänger s. § 117, Pflichten des bevollmächtigten Anwalts s. zu § 66 Ziff. 5.

§ 10. I. **RG. 60** 224. Das sog. Surrogationsprinzip (in §§ 10, 37 [5], 92, 109, 110, 118) bezieht sich ausdrücklich zwar nur auf Rechte an dem Grundstücke, mittelbar aber auch auf Rechte an solchen Rechten.

II. Ziff. 1. HessRspr. **6** 59 (Darmstadt) spricht (zwar nach altem hessischen Subhastationsrecht, aber unter Hinweis auf § 10 ZVG.) dem die ZwV. nach § 126 KO. betreibenden Konkursverwalter unter Umständen auch Honorar und Auslagenersatz für Verwaltung des Grundstücks vorweg aus dem Versteigerungserlöse zu.

III. Ziff. 3. 1. *Reichel, BuschsZ. **34** 495. Den Begriff der Lasten setzt das Gesetz als gegeben voraus. Der Begriff ist aus dem Zusammenhange der jeweils einschlägigen Gesetzesbestimmungen zu entnehmen. Maßgebend sind sowohl Reichs- als auch landesgesetzliche Normen. Doch ist folgendes zu beachten. Normiert Reichsrecht eine bestimmte Obliegenheit ausdrücklich als Last (öffentliche Last) oder Nichtlast, so kann Landesrecht nicht derogieren (Art. 2 RVerf.). Aber selbst für eine ergänzende Bestimmung des Landesrechts fehlt der Spielraum dann, wenn die Obliegenheit auf Reichsrecht beruht und das Reichsrecht zwar über die Frage, ob Last oder nicht, schweigt, nach seiner Tendenz aber die von ihm ergriffene Materie erschöpfend geregelt haben will. Vgl. dazu auch LG. Leipzig, BuschsZ. **34** 493.

2. PrOVG. **46** 82. Das OLG. hatte für eine Klage auf Einwilligung zur Auszahlung einer im Verteilungsverfahren hinterlegten Straßenanliegerbeitrags-Forderung den Rechtsweg für ausgeschlossen erklärt. Aber auch die Verwaltungsklage gleichen Inhalts wurde sodann wegen Unzulässigkeit endgültig vom OVG. unter Hinweis auf **RG. 56** 396 abgewiesen. Schultzenstein bespricht in BuschsZ. **35** 247 beide Urteile, erklärt das des OVG. für richtig und erachtet als umständlichen und bedauerlichen Umweg den einer neuen Klage vor dem ordentlichen Richter für gegeben.

3. Der Pr. Minister des I., PrVerwBl. **26** 237, empfiehlt Hinweis auf die ortsstatutarischen Bestimmungen über Straßenanliegerbeiträge bei der ZwV.

4. **RG. 59** 400, JW. **05** 220. Die Preuß. Grundsteuerentschädigungsrente ist eine öffentliche, aber nicht gemeine Last im Sinne der Art. 1 u. 2 PrAGZVG.

5. BayRpflZ. **05** 132 (Zweibrücken). Keine öffentlichen Lasten sind städtische Gebühren für Elektrizitätsabgabe in Bayern.

6. BadRpr. **04** 326 (BadJustizMinist.). Öffentliche Lasten sind badische Gebäudeversicherungsbeiträge. — Über bad. Straßenanlieger-Beiträge s. BadNotZ. **05** 118 und über übergangene öffentliche Lasten u. zu §§ 52 Ziff. 4, 84 Ziff. 1.

7. Schoplik, PrVerwBl. 26 902. Die Kehrgebühren Preuß. Schornsteinfeger sind nicht öffentliche Lasten.

IV. Ziff. 4. 1. RG. 60 243, JW. 05 291/17. Es ist zulässig, daß Zinsen aus einer Hypothek angemeldet werden, die aus einer Höchstbetragshypothek zum höchsten Betrag umgewandelt worden war. Diese Umwandlung war nicht verboten, soweit sie nicht etwa nur zur Benachteiligung anderer Hypothekgläubiger geschah und daher nach dem AnfG. anfechtbar war (§§ 1186, 1190 Abs. 2 BGB.).

2. Zinsen aus einer Eigentümergrundschuld s. zu § 114 Ziff. 2, Amortisationshypotheken s. § 12, ungleiche Zinsliquidate Gleichberechtigter s. § 114 Ziff. 3.

§ 12. 1. Hirsch, GruchotsBeitr. 49 766 hält z. T. gegen Jaeckel und Kretzschmar die Sätze fest, daß nichtgezahlte (laufende und rückständige) Tilgungsbeträge, mögen sie an eine landschaftliche Kreditanstalt oder an eine Hypothekenbank geschuldet sein, immer gleich Zinsen zu behandeln sind, daß aber, soweit es sich um gezahlte Tilgungsbeträge handelt, ein Unterschied zwischen beiden Arten von Amortisationshypotheken zu machen ist, indem bei landschaftlichen Hypotheken der zahlende Schuldner nur Aufrechnungsansprüche, bei Bankhypotheken aber Eigentümerhypothek erwirbt. Für das letzte auch WürttJ. 17 47 (Stuttgart).

2. Immler, DJZ. 05 977, bespricht gleichfalls die Amortisationsraten, indem er Kretzschmars (DJZ. 03 331) ausgesprochene Meinung, daß die Eigentümerhypothek dabei im Falle von Zinszuschlägen erst mit gänzlicher Kapitalstilgung entstehe, bekämpft und Harniers (DJZ. 02 433) ausgesprochener Befürchtung, es würden durch Schaffung von vielen solchen Eigentümerhypotheken bei vielfachem Eigentumswechsel unerträgliche Zustände geschaffen, mit dem Hinweis darauf begegnet, daß Richter und Notare auf Verhütung solcher Mißstände durch Löschung kleiner getilgter Beträge oder Übertragung der bezüglichen Rechte auf die neuen Erwerber hinwirken könnten und müßten (s. auch § 45 Ziff. 2, § 84 Ziff. 1).

Zweiter Titel. Zwangsversteigerung.

I. Anordnung der Versteigerung.

§ 15. OLG. 11 320 (KG.). Gegen eine auf einseitigen Antrag des Gläubigers erfolgte Einleitung der ZwV. sind zunächst nur Erinnerungen nach § 766 ZPO. gegeben. Dagegen für sofortige Beschwerde LG. Traunstein, SeuffBl. 05 647. Vgl. JDR. 3 § 15 Ziff. 2.

§ 16. 1. *Werner, R. 05 74. Betreibt der HypGläubiger die ZwV. des verhafteten Grundstücks auf Grund eines vollstreckbaren Titels, den er nur für die seiner Hypothek zugrunde liegende persönliche Forderung erlangt hat, so gibt dennoch bei Berechnung des Mindestgebots die Hypothek dergestalt den Ausschlag, daß nur die ihr vorgehenden Rechte zu berücksichtigen sind. Als Anspruch im Sinne der §§ 9, 16, 44 gilt das persönliche und das mit ihm verbundene dingliche Recht. Kraft des der Vollstreckungsforderung anhaftenden dinglichen Rechtes tritt der betreibende Gläubiger der Berücksichtigung nachfolgender Rechte entgegen. Vollstreckbarkeit sowohl des persönlichen wie des dinglichen Rechtes ist nicht gefordert, und Vollstreckbarkeit des letzteren zu einer derartigen Betätigung hier ebensowenig wie in ähnlichen Fällen erforderlich. Die Vollstreckbarkeit des dinglichen Rechtes bietet endlich auch keine Gewähr gegen entgegenstehende vernichtende Einreden. Eine derartige Berechnung des Mindestgebots widerspricht dem Zwecke des Gesetzes nicht, dagegen führt die Berechnung unter Zugrundelegung lediglich des persönlichen Rechtes zu dem unhaltbaren und mit dem Gesetze nicht vereinbaren Ergebnisse, daß die Hypothek erlischt(?), auch wenn

sie an erster Stelle steht, durch das Gebot an sich überdeckt ist, der betreibende Gläubiger aber gleichwohl keine Befriedigung wegen der Zwischenrechte erhält. Kaufbedingungen, die das Bestehenbleiben ganz oder teilweise vorschreiben, sind gesetzlich nicht zu rechtfertigen, weil sie den Vollstreckungszweck vereiteln oder Ungewißheit über das Gebot erzeugen. — AM. Jaeckel § 16 c u. OLG. Dresden mit Kretzschmar, ZBlFG. 3 429. Dafür Eccius, Fischer, Schäfer u. a., s. auch nachfolgende Ziff. 2 u. 3 u. JDR. 2 § 44 Ziff. 2.

2. Das BadJustMin. (BadRpr. 05 65) schreibt vor, daß bis auf weiteres dem persönlichen Vollstreckungstitel bei Nachweis der Identität der Forderung mit der Hypothek die Wirkung des dinglichen Titels zu geben, die Beteiligten aber im voraus darauf in geeigneter Weise aufmerksam zu machen seien.

3. ZBlFG. 5 720 (Dresden). Im allgemeinen muß ein dinglicher Vollstreckungstitel vorliegen, wenn für Bildung des geringsten Gebots die Hypothek geltend gemacht wird. Aber ein Vollstreckungsbefehl für Hypothekzinsen gegen den Konkursverwalter kann auch ohne ausdrücklichen Beisatz, daß Befriedigung aus dem Pfandgrundstück bezweckt werde, gemäß § 14 KO. als dinglicher Titel gelten.

4. Peiser, BuschsZ. 35 262, führt bei Besprechung von „Altmanns ZVG." folgendes aus: a) Wenn sich der Schuldner fakultativ von der Primärleistung (z. B. Herausgabe von Gegenständen) durch eine andere Leistung (z. B. Wertsersatz) befreien kann, muß die Vollstreckung auf die Primärleistung bis zum Ende durchgeführt sein, ehe das Interesse beigetrieben werden kann. Erwünscht ist aber eine Behandlung der Frage der alternativen Vollstreckungstitel in der ZwV. durch die Kommentare. — b) Nur aus dem Urteilssatze (nicht auch aus Tatbestand und Gründen) ist zu entscheiden, ob der Anspruch ein dinglicher oder persönlicher ist. — c) Das Verwaltungszwangsverfahren in westpreußischen und posenschen Ansiedelungssachen greift nicht nur für Amortisationsrenten, sondern auch für feste Renten Platz. Vgl. **RG.** 55 61. Die Gerichte sind vielfach aM.

5. ZwV. gegen den Konkursverwalter s. zu § 172 Ziff. 1; vollstreckbarer Titel auf Zahlung an einen Dritten s. zu § 117.

§ 17. 1. Kretzschmar, R. 05 484, unterscheidet zwischen der beschränkten Rückgewährpflicht nach §§ 7 Abs. 1, 9 AnfG. v. 21. 7. 79 und der unbeschränkten des § 37 Abs. 1 KO. und stellt dabei folgende Sätze auf: Auf Grund des gegen den Anfechtungsgegner außerhalb des Konkurses erlangten Schuldtitels ist der Gläubiger in der Lage, sowohl die ZwV. und die ZwVerw. in das Grundstück zu betreiben, wie auch eine Zwangshypothek für seine Forderung eintragen zu lassen. Vgl. hierzu **RG.** 50 124. Der Gläubiger erhält damit genau dasjenige, was ihm zu Gebote stände, wenn das Grundstück noch seinem Schuldner gehörte. ➳ Ähnlich LG. Halle, NaumburgAK. 05 38. Red. ⬸ Dagegen hat die ZwV. (oder ZwVerw.), die vom Konkursverwalter nach §§ 172 ff. betrieben wird, die Voraussetzung nach § 17 Abs. 1 ZVG., daß der Gemeinschuldner als Eigentümer des Grundstücks eingetragen oder als Erbe des eingetragenen Eigentümers ausgewiesen ist. Sein Verlangen, daß der Anfechtungsgegner zur Rückauflassung verurteilt wird, ist daher nach § 37 Abs. 1 KO. begründet. — Ähnlich Fischer-Schäfer, Jaeckel, v. d. Pfordten, Wolff, Altmann, Jäger; abw. das von Kretzschmar bekämpfte Urt. des RG. (**RG.** 56 142) und Reinhard zu § 17. Vgl. auch JDR. 3 zu § 17.

2. LG. I München, BayRpflZ. 05 495. Dem Vollstreckungsrichter steht ein Beschwerderecht gegen grundbuchamtliche Verweigerung des Eintrags des Versteigerungsvermerks zu. Aber die Beschwerde ist nach § 48 GBO. unbegründet, wenn der Vermerk auf einem Grundstücksanteil eingetragen werden soll, der aus dem Grundbuche nicht hervorgeht und der nur mittels Zustimmung des Berech-

tigten oder im Wege der Berichtigungsklage nach § 894 BGB. eingetragen werden kann. Die widerlegbare Vermutung des § 742 BGB. für gleichheitliche Anteilsberechtigung genügt im Grundbuchverkehre nicht.

3. RJA. **5** 202, R. **05** 327 (KG.). Für ein Erbbaurecht ist bei ZwV. ein besonderes Grundbuchblatt anzulegen und zwar auch auf Antrag des Gläubigers.

4. Peiser, BuschsZ. **35** 264. Auch in Fällen der Enteignung, Zusammenlegung von Grundstücken, Gemeinheitsteilung, Regulierung der Wege kann von dem Erfordernisse der Eintragung des Schuldners nicht abgesehen werden.

5. LG. Hamburg, HansGZ. **05** Beibl. 39. Bezugnahme auf das Grundbuch ist auch dann zulässig, wenn verschiedene Abteilungen eines und desselben Gerichts die Grundbuch- und die ZwVSachen zu erledigen haben.

6. Teilungsversteigerung s. zu § 181 Ziff. 2. Grundstücke ohne Grundbuchblatt vgl. u. § 1 EG. Ziff. 2.

§ 18. S. zu § 2.

§ 19. 1. OLG. **11** 321 (Karlsruhe) gab der Beschwerde des Vollstreckungsrichters gegen den Grundbuchrichter statt, der die Eintragung des Versteigerungsvermerkes deswegen verweigert hatte, weil inzwischen der Eigentümer gestorben und dessen Erben im Grundbuche noch nicht eingetragen seien.

2. Auch Unger, BuschsZ. **34** 309, erklärt den Vollstreckungsrichter als beschwerdeberechtigten Beteiligten (s. auch zu § 17 Ziff. 2).

3. LG. Colmar, ElsLothNotZ. **05** 345. Für die Rechtmäßigkeit des Ersuchens um Eintragung des Versteigerungsvermerkes ist die ersuchende Behörde allein verantwortlich. Das GBA. hat nur die Zuständigkeit und die allgemeinen Voraussetzungen des Eintrags des Vermerkes zu prüfen, muß dem Ersuchen also auch dann stattgeben, wenn der Schuldner nicht oder nicht mehr als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist. Vgl. Jaeckel § 28 Anm. 2.

§ 20. 1. **RG.** 27. 5. 05, ZBlFG. **6** 335 und 5. 7. 05, **61** 188, erklären es für eine Frage tatsächlicher Würdigung, ob Bergbaugebäude Bestandteile des Grundstücks oder der Abbaugerechtigkeit sind. Der „vorübergehende Zweck" des § 95 Abs. 2 BGB. kann hierbei im weiteren Sinne verstanden werden.

2. Lammfromm, WürttZ. **05** 65, erörtert die Verpfändung beweglicher Sachen mit einem Grundstücke nach württemb. Rechte und ist der Meinung, daß dieses Pfandrecht (die sog. gewillkürte Zubehöreigenschaft) gemäß Art. 184 EG. BGB. mit dem aus den früheren Gesetzen sich ergebenden Inhalt auch fernerhin bestehen bleibt. S. dagegen JDR. **3** § 20 Ziff. 5.

3. Josef, R. **05** 41, bespricht das sog. „Kaltabbrennen", d. i. die Zubehörverschleuderung durch den von Zwangsvollstreckung bedrohten Schuldner. Er will zwar nicht **RG.** GruchotsBeitr. **48** 380, wodurch die desfallsige Schadensklage des Hypothekgläubigers gegen den Zubehörkäufer abgewiesen wurde, bekämpfen, ist aber der Ansicht, daß bei vorliegenden Voraussetzungen dem Hypothekgläubiger zwar nicht nach § 823, wohl aber nach § 826 BGB. Schadensersatzklage gegeben sein kann. S. JDR. **2** § 20 Ziff. 6 u. u. § 85 Ziff. 3.

4. Krückmann, ZBlFG. **6** 355, behandelt die subjektiv-dinglichen Rechte, insbesondere das Mitgliedsrecht des Hauseigentümers an einer Wasserleitungsgenossenschaft und billigt hierbei wenigstens nach PrALR. die Meinung, daß derartige Gerechtigkeiten (z. B. auch Wegegerechtigkeiten, Schäferei-, Realgewerbe-Rechte), die mit dem Besitze des Grundstücks verbunden sind, auch ohne Eintragung auf dem berechtigten Grundstücke von dessen Pfandhaftung und Beschlagnahme ergriffen werden, was jedoch Änderungen an ihnen nach der Beschlagnahme, z. B. statutenmäßige Verfügungen der Wassergenossenschaft nicht ausschließen könne.

5. Kretzschmar, ZBlFG. 5 613, R. 05 383, erörtert im Anschluß an Jaeckel, R. 04 585, die Schwierigkeit der Sicherung der Rechte des Hypothekgläubigers am Zubehör, findet einen Hauptgrund dafür darin, daß das Gesetz die Beschlagnahme nur zugunsten des betreibenden Gläubigers wirken läßt, hält auch die von Jaeckel empfohlene stets bereite vollstreckbare Urkunde in Händen des Hypothekgläubigers für kein unbedingt sicheres Mittel und schlägt vor, bei hypothekarischer Beleihung den Wert des Zubehörs möglichst unberücksichtigt zu lassen.

6. OLG. 11 136, R. 05 593 Nr. 2423 (Kassel). Mit Erlöschen der Hypothek hört ihre Wirkung auf das Zubehör auf. Ebenso Fuchs, s. zu § 52 Ziff. 3. Dagegen RG. Vgl. IDR. 3 zu § 65.

7. OLG. 10 61, DJZ. 05 223 (Rostock). Eine im Miteigentume zweier Landgutsbesitzer stehende Dreschmaschine ist weder Zubehör des einen noch des anderen Landguts, auch nicht zur Hälfte.

8. Eccius, GruchotsBeitr. 49 468, erachtet Freigabeerklärungen der Hypothek- und Beschlagnahmegläubiger nicht für wirksam, um das vom Grundstücke nicht entfernte Zubehörstück gegen alle Folgen der Beschlagnahme zu schützen. Vgl. § 95 Ziff. 1, § 29 Ziff. 1.

9. Vgl. über Zuschlagswirkung § 90, über Sonderversteigerung von Fabrikzubehör § 65.

§ 21. 1. Röder, GruchotsBeitr. 49 546. Der § 21 Abs. 3 bezieht sich nach der Denkschrift (Hahn, Mat. V 40) nur auf ungetrennte Erzeugnisse. Auf getrennte Erzeugnisse aber, welche einem Dritten auf Grund eines persönlichen Nutzungsrechts zugefallen sind, erstreckt sich die Hypothek schon nach § 1120 BGB. niemals.

2. OLG. 11 122 (Stettin). Das OLG. gab der Widerspruchsklage des Käufers von gefällten, aber noch nicht fortgeschafften Waldbäumen nach § 771 ZPO. gegen den nur seine Wechselforderung, nicht seine Grundschuld, vollstreckenden Gläubiger statt, weil Pfändung zu seinen Gunsten, ZV.- und ZwVerw.-Beschlagnahme erst nach dem Eigentumserwerbe des Käufers erfolgt war und der Ersteher die Bäume nicht mit erwarb. Bei ZwVollstr. aus der Grundschuld würde es anders entschieden haben.

3. Peiser, BuschsZ. 35 264. Auch der ZwVerwalter ist berechtigt, Veräußerungen, die der Beschlagnahme zuwiderlaufen, anzufechten, was aus § 152 folgt. Vgl. aber § 152 Ziff. 2.

4. Über Blumen in Töpfen s. § 148 Ziff. 2.

§ 23. LG. Mühlhausen, ElsLothNotZ. 05 248. Der ZwVVermerk hindert weder den Verkauf des Grundstücks, noch die Eintragung des neuen Erwerbers. (Gegen den betreibenden Gläubiger sind sie aber nicht wirksam.)

§ 27. 1. LG. Straßburg, ElsLothNotZ. 05 366. Der Beitritt wird erst mit Zustellung des Zulassungsbeschlusses an den Schuldner wirksam. Der dem erstbetreibenden Gläubiger, wenn auch erst nach dem Versteigerungstermin, aber vor Verkündung des Zuschlagsbeschlusses, zahlende Dritte hat vor Zustellung des Zulassungsbeschlusses auf den, obgleich schon zugelassenen, beitretenden Gläubiger keine Rücksicht zu nehmen. Es ist dann das Verfahren einzustellen, obschon nur der erstbetreibende Gläubiger befriedigt ist.

2. LG. Karlsruhe, BadRpr. 05 146. Der Beitretende haftet neben dem ersten Antragsteller solidarisch für die Kosten des Verfahrens.

3. Vgl. § 28 Ziff. 1.

II. Aufhebung und einstweilige Einstellung des Verfahrens.

§ 28. 1. Altmann, ZBlFG. 6 199, gibt in dem Falle, daß das Verfahren wegen Einspruchs eines gutgläubigen Eigenbesitzers einstweilen eingestellt

ist und sich der betreibende Gläubiger nicht weiter um die Sache kümmert, dem beigetretenen Gläubiger Erinnerungen nach § 766 ZPO., eine Klage gegen den Beschluß des Versteigerungsrichters (? Red.), und den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens.

2. Nußbaum, BuschsZ. **34** 134. Ist gegen einen im Grundbuche noch als Eigentümer eingetragenen Verein, der später die Rechtsfähigkeit verloren hat, in Unkenntnis dessen die ZwV. eröffnet worden, so hat das VollstrG., wenn es dann die Unrichtigkeit des Grundbuchs bemerkt, keine Veranlassung, gemäß § 28 zu verfahren, denn den Vereinsmitgliedern geschieht mit Fortsetzung der ZwV. kein Unrecht.

3. Peiser, BuschsZ. **35** 264. Das Verfahren ist von Amts wegen aufzuheben, wenn der, dessen Auflassungsanspruch vor Eintritt der Beschlagnahme vorgemerkt war, nachher das Eigentum endgültig erwirbt. ➛ Selbstverständlich höchstens dann, wenn die Vormerkung auch einem eingetragenen Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht. Red. ⟵ S. auch zu § 48 Ziff. 1 u. 2.

4. Über alleinige Entscheidung des ZwVRichters s. zu § 19 Ziff. 1 u. 3, über Enteignungsfälle s. § 100 Ziff. 1 und über Nichtbefugnis des Notars zur Aufhebung s. § 13 EG. Ziff. 4.

§ 29. 1. ZBlFG. **6** 214 (Dresden) setzt die freiwillige, wenn auch nur einzelne Zubehörstücke betreffende Aufhebung der ZwV. einem obsieglichen Einstellungsurteile gleich, indem es die Forthaftung dieser Stücke für nicht zustimmende Gläubiger annimmt. S. § 20 Ziff. 8.

2. PosMSchr. **05** 31 (Marienw.) Die Beschwerde des betreibenden Gläubigers ist zulässig und begründet, wenn sie zunächst zwar nur die Kosten eines wiederholten Aufhebungsbeschlusses betrifft, aber doch auch die Unzulässigkeit solcher zweiten Aufhebung zutreffend geltend macht.

3. ZBlFG. **5** 723, R. **05** 285 (Dresden). Der Testamentsvollstrecker kann den Versteigerungsantrag beliebig widerrufen, auch wenn er in der Form der Zustimmung zu dem Versteigerungsantrag eines Teilerben gestellt war.

4. Peiser, BuschsZ. **35** 265, schlägt bei Vorhandensein mehrerer betreibender Gläubiger mit Jaeckel zur Vermeidung von Verwirrung nur eine Mitteilung des Aufhebungsantrags an den Schuldner (statt eines förmlichen auch anderen Beteiligten zuzustellenden) Beschlusses vor. Jedenfalls müßten die anderen Beteiligten Kenntnis davon erhalten, daß das Verfahren auf Betreiben anderer fortgeht.

§ 31. 1. Simon, BadNotZ. **05** 42, bespricht die Umgehung dieses Paragraphen durch Nichtzahlung des Vorschusses nach badischem Kostenrecht und schlägt für diesen Fall Einstellung des Verfahrens vor.

2. Freund, ZBlFG. **5** 406, hält auch eine wiederholte Einstellung und eine Einstellung auf länger als sechs Monate mit Zustimmung der Beteiligten für zulässig.

III. Bestimmung des Versteigerungstermins.

§ 37. 1. Ziff. 2. OLG. **11** 124, KGBl. **05** 40 (KG.). Für den Fall, daß die Abhaltung des Versteigerungstermins in einem anderen Terminszimmer oder in einem anderen Gebäude als dem ursprünglich bestimmten erforderlich geworden ist, genügt es, wenn ein Gerichtsdiener oder eine andere Person aufgestellt ist, welche die Erscheinenden nach dem richtigen Geschäftszimmer weist. Diese Person darf aber ihren Platz im Hinblick auf §§ 66, 73 nicht zu früh — d. h. nicht vor Ablauf der zur Versteigerung regelmäßig notwendigen Zeit — verlassen. Ein bloßes Plakat genügt nicht.

2. Ziff. 4. WürttZ. **17** 47, R. **05** 256 (Stuttgart). Das betreffende Recht, nicht auch die Person des Berechtigten, muß aus dem Grundbuche hervorgehen, der Eigentümerhypothekar wird also durch Nichtanmeldung nicht vom Verfahren und von dem ihm gebührenden Rang ausgeschlossen. Vgl. § 115 Ziff. 4.

3. Ziff. 5. **a)** **RG.** 13. 5. 05 hat das Armenrecht gegen ein Urteil verweigert, das die Klage auf Freigabe einer vom Zuschlag einstweilen ausgenommenen Veranda deshalb abgewiesen hatte, weil diese nach dem Gesetz als Bestandteil des Grundstücks von selbst auf den Ersteher übergegangen sei.

b) **RG.** ZBlFG. **5** 490. Der betreibende Gläubiger hat rechtliches Interesse an Feststellung der Bestandteilseigenschaft von Maschinen durch Klage. Dasselbe Urteil erwähnt IDR. **3** § 20 Ziff. 1.

4. Vgl. über Zubehör und dessen Behandlung auch die §§ 20, 29[1], 55, 65, 90, 93, 95, über Teilenteignung § 100[1], über das Surrogationsprinzip zu § 10 Ziff. 1.

§ 41. **RG.** **60** 33. Der Zedent einer Hypothek muß die ihm noch zugegangenen Zustellungen im ZwVVerfahren dem Zessionar aushändigen. Unterläßt er dies schuldhaft, so kann doch unter Umständen auch der Zessionar Mitschuld an seinem infolge Nichtanwesenheit im Termin erlittenen Ausfall gemäß § 254 BGB. dann haben, wenn er, obwohl ihm die schlechte Vermögenslage des Schuldners bekannt war, das Grundbuch nicht eingesehen hat, woselbst er den eingetragenen ZwVVermerk gefunden hätte.

§ 43. Krückmann, ZBlFG. **6** 334, R. **06** 163, gestattet dem Gerichte, bei der Erbauseinandersetzung (§ 175) von § 43 Abs. 1 dann durch Fristabkürzung abzuweichen, wenn alle Miterben es beantragen, nicht aber auf Antrag nur eines Miterben.

IV. Geringstes Gebot. Versteigerungsbedingungen.

§ 44. 1. Werner, R. **05** 190, bespricht **RG.** **59** 266 betr. eine aus Versehen aus dem geringsten Gebote weggelassene Hypothek und bekämpft dessen Ergebnis mit Rücksicht auf seine Ausführungen o. Ziff. 1 zu § 16. ➵ Er scheint aber zu übersehen, daß in dem reichsgerichtlich behandelten Falle die übergangene Hypothekgläubigerin nicht betreibende Gläubigerin war und daß sie zwar ihre Rechte auf Aufnahme in das geringste Gebot, aber nicht ihren Vorrang vor weiteren Nachhypotheken verloren hat. Red. ⇠ S. auch Ziff. 2 und über Versehen des Richters zu § 45.

2. OLG. **11** 324 (Karlsruhe). Das OLG. sprach trotz rechtskräftigen Zuschlagsbeschlusses dem aus Versehen in das geringste Gebot aufgenommenen Gläubiger gemäß § 826 BGB. Rechte gegen den mit Unrecht aus dem geringsten Gebote weggelassenen Gläubiger-Ersteher ab. Er stützte sich dabei auf **RG.** **46** 75, ➵ übersieht aber wohl **RG.** **59** 266. Red. ⇠ S. Ziff. 1.

3. Peiser, BuschsZ. **35** 277. Es ist nicht richtig, daß das Gesetz formell unter dem geringsten Gebote nur den Betrag des Bargebots versteht. In den Umfang des geringsten Gebots gehören auch die nach den Versteigerungsbedingungen bestehen bleibenden Rechte.

4. KGJ. **29** B49, OLG. **11** 210 (KG.). Nach PrStempG. ist eine in das geringste Gebot aufgenommene Höchstbetragshypothek bei Berechnung des Stempels für den Zuschlagsbeschluß zum vollen eingetragenen Höchstbetrage zugrunde zu legen.

5. Vgl. über Zinsen- und Kostenkautionen Vorbem. vor § 50, über Beschränkungen einer bestehen bleibenden Hypothek § 48 Ziff. 7, über altpreußische Vormerkungen § 50 Ziff. 3, über Berechnung des geringsten Gebots bei persönlichem VollstrTitel § 16, und bei Gesamthypothek § 64 Ziff. 2 und 3.

6. Elsässer, BadNotZ. 05 182. Der Bürge, der Hypothekzinsen bezahlt, Vollstreckungstitel dafür gegen den Subhastaten erwirkt und die ZwV. betreibt, kann nicht verlangen, daß die betreffende Hypothek im geringsten Gebot unberücksichtigt bleibe.

§ 45. 1. Freund, ZBlFG. 5 507, will im Gegensatze zu Kretzschmar dem Gläubiger, dessen Recht vom VerstRichter aus Versehen aus dem geringsten Gebote weggelassen wurde, der aber selbst die Beschwerde versäumte, wegen seiner eigenen Fahrlässigkeit gemäß § 839 Abs. 3 BGB. einen Schadensersatzanspruch gegen den VerstRichter verweigern.

2. Immler, DJZ. 05 977, bespricht die von Amts wegen gebotene Berücksichtigung der an Stelle amortisierter Hypothekenbeträge tretenden — unter Umständen zahlreichen — Eigentümerhypotheken bei der Festsetzung des geringsten Gebots und bei der Verteilung. S. auch zu §§ 12 u. 84 Ziff. 1.

§ 48. 1. Bendix, GruchotsBeitr. 49 522. Die Vormerkung schützt den VormGläubiger auch gegen die Gefahren des ZwV.- und ZwVerwVerfahrens, sie ist gegebenenfalls auch bei Festsetzung des geringsten Gebots zu berücksichtigen, unbeschadet jedoch ihres nur provisorischen und ungewissen Charakters und der Anwendung der §§ 50, 51, 125, 132. Bloße Vormerkungen auf Übertragung eines eingetragenen ius in re können keine Berücksichtigung erfahren. Ebenso Reichel, Die Umschreibung der Vormerkung 128. Ein Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 BGB. hindert nach §§ 772 ZPO., 28, 37 [5] ZVG. die Zwangsvollstreckung, die Auflassungsvormerkung dagegen nicht, auch dann nicht, wenn sie dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgeht; gegen den Zuschlag hat sie nur resolutive Kraft. Vgl. zu § 28 Ziff. 3.

2. Sekler bespricht in seinem Buche „Die Lehre von der Vormerkung" (München 1904) 239 ff. ausführlich und zum Teil unter Bekämpfnng anderer Schriftsteller, besonders Kretzschmars (vgl. JDR. 2 § 42 Ziff. 3), die Behandlung der Vormerkung in der ZwV., insbesondere bei Feststellung des geringsten Gebots und gelangt dabei u. a. zu folgenden Sätzen: a) Nur die Vormerkung des Anspruchs auf ein dingliches, allgemeines oder mehrfaches Vorkaufsrecht, nicht aber die eines persönlichen Vorkaufsrechts ist zu berücksichtigen (§ 1098 Abs. 1 Satz 1, § 512 BGB.). — b) Die Vormerkung des Anspruchs auf Löschung eines Erbbaurechts darf bei ZwV. dieses Erbbaurechts nicht unbeachtet bleiben. — c) Ebenso ist die Löschungsvormerkung des § 1179 BGB. zu berücksichtigen (s. auch u. Ziff. 7). — d) Ist die Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Aufhebung einer Reallast, die sich mit dem Eigentum vereinigt hat, nach § 889 BGB. vorgemerkt, so wird dadurch das Grundstück selbst nicht betroffen. Diese Vormerkung bleibt daher außer Betracht. — e) Vormerkungen auf Änderungen des Inhalts eines Grundstücksrechts sind nur zu berücksichtigen, soweit sie sich gegen den Grundstückseigentümer richten. — f) Ist die Rangänderung zweier Rechte vorgemerkt, die beide dem betreibenden Gläubiger entweder vor- oder nachgehen, so hat die Vormerkung keinen Einfluß auf die Feststellung des geringsten Gebots. Wenn aber das eine Recht dem betreibenden Gläubiger vor-, das andere nachgeht, so ist die Vormerkung ihrer Rangänderung nur zu beachten, wenn sie beim nachstehenden Rechte eingetragen ist und zwar in der Weise, daß das betroffene (vorgehende?) Recht nicht ins geringste Gebot aufgenommen wird, unbeschadet seiner nachträglichen Realisierung (? Red.). — g) Geht das Recht, aus dem die ZwV. betrieben wird, der Eigentumsvormerkung nach, so ist es dieser gegenüber unwirksam. Daher muß man wohl annehmen, daß der in Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs während des ZwVVerfahrens eingetretene Eigentumswechsel der Fortsetzung des Verfahrens entgegensteht. Wenn der vorgemerkte Eigentumsanspruch sich während des Verfahrens

aber nicht verwirklicht, so muß die Eigentumsvormerkung zwar bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt werden, aber ein die ZwV. hinderndes Recht ist sie dann nicht.

3. Reichel, Umschreibung der Vormerkung (Leipzig 1905) spricht sich für Umschreibbarkeit der Vormerkung im Grundbuch auf Grund freiwilliger oder vollstreckungsmäßiger Übertragung und auf 49 für die Möglichkeit rechtswirksamen und unwiderruflichen Verzichts auf Rechte der Vormerkung nach § 48 ZVG aus, welcher Verzicht aber im Grundbuch eingetragen werden müsse.

4. du Chesne, BayRpflZ. **05** 417, bekämpft das in ZBlFG. **5** 185 abgedruckte Urteil des OLG. Dresden, wonach die Vormerkung des Löschungsanspruchs nach § 1179 BGB. zugleich die Wirkung haben soll, daß nach Erlöschen der Hypothek durch Zuschlag der Verzichtende als Eigentümergrundschuldner nicht mehr am Verteilungsverfahren teilnehmen kann, vielmehr die Nachlaßhypotheken vorrücken. — du Chesne's Ansicht nähert sich LG. München I, BayRpflZ. **05** 474, das im Falle Rangeinräumungsverzichts nach bayer. Rechte, der der Löschungsvormerkung ähnlich ist, dennoch das Entstehen einer Eigentümerhypothek annimmt, die „vorerst" auch in der Verteilung berücksichtigt werden müsse. Vgl. § 115 Ziff. 12, § 50 Ziff. 1.

5. SeuffA. **60** Nr. 12 (Dresden) entschied im Beschwerdeverfahren vorbehaltlich des Widerspruchsprozesses, daß der, zu dessen Gunsten Löschungsvormerkung eingetragen ist, dem späteren Pfandgläubiger der Hypothek vorgeht. — Im nachträglichen Widerspruchsprozeß erging dann das Urteil des RG. u. § 115 Ziff. 5.

6. SeuffA. **60** Nr. 135, SächsOLG. **26** 377 (Dresden). Das OLG. erklärt nach § 1179 BGB. nur den Gläubiger an Berücksichtigung einer Löschungsvormerkung als beteiligt, der durch sie Aussicht auf Befriedigung durch den Teilungsplan erhält.

7. SeuffA. **60** Nr. 136, SächsOLG. **26** 374, ZBlFG. **5** 718 (Dresden). Ein Nachhypothekar war durch den Versteigerungserlös gedeckt, konnte aber gemäß §§ 118, 128 nur durch Sicherungshypothek befriedigt werden. Das OLG. sprach im Beschwerdeverfahren gegen den Teilungsplan aus, daß die zu seinen Gunsten bei der ihm vorhergehenden, stehen bleibenden, aber nicht voll ausgefüllten Höchstbetragshypothek eingetragene Vormerkung des Löschungsanspruchs ebenfalls stehen bleiben müsse, weil das Bestehenbleiben einer Vorhypothek zugleich das Fortbestehen der sie beschränkenden Einträge (Verpfändungen, Vormerkungen ꝛc.) nach sich ziehen müsse.

8. Vormerkung des Rechtes auf Sicherungshypothek s. § 91 Ziff. 2, altpreuß. Hypothekvormerkung s. § 50 Ziff. 3.

§ 49. Über Nichtberücksichtigung im Bargebot s. § 84 Ziff. 1, § 52 Ziff. 4.

§ 50. Vorbemerkung: Im Königreich Sachsen beschäftigte schon vor mehreren Jahren die Frage der bei älteren Hypotheken eingetragenen, meist unausgefüllten Kostenkautionen und ihre Behandlung in der ZwV. Gerichte und Rechtslehre (s. JDR. 2 § 50 Ziff. 6). Dieser Streit macht sich nicht mehr bemerklich. Um so heftiger ist im Jahre 1905 ein solcher in Süddeutschland, besonders in Bayern über die dort äußerst zahlreichen, meist 10 pCt. des Kapitals betragenden, Zinsen- und Kostenkautionen älteren Rechtes entbrannt und sogar in politischen Tagesblättern und Verhandlungen der Volksvertreter eingehend und zum Teil leidenschaftlich besprochen worden. Obwohl man auch nach bayer. Hypothekenrechte das der Eigentümerhypothek wenigstens nahe kommende Rangeinstellungsrecht des Schuldners hatte und dessen Ausgestaltung zu wirklicher Eigentümerhypothek zum Teil für wünschenswert erachtete, in jedem Falle aber auf die kommende Eigentümerhypothek vorbereitet war, ist man doch durch die einschneidende Wirkung der erwähnten Nebenkautionen, die man nur als unselbständige „Anhängsel" der Hypothek betrachten

wollte, auf das ZwVVerfahren, auf geringstes Gebot und Teilung in Überraschung und Bestürzung versetzt worden. Man berechnet deren Gesamtbetrag für Bayern allein auf Hunderte von Millionen, die man, da die Kautionen meist — durchaus nicht immer — unausgefüllt blieben, als „Geschenke" an die Subhastaten oder deren Konkursmassen zum Nachteil der nachstehenden Hypothekengläubiger (zum Teil auch der eingetragenen Kautionsinhaber selbst) betrachtet. Von dem Gegenmittel des Art. 194 EGBGB. wurde zwar in Württemberg ꝛc., aber nicht in Bayern in den Übergangsgesetzen Gebrauch gemacht und eine Nachholung in dieser Richtung wurde, soweit das Grundbuch als angelegt erklärt ist, überwiegend als untunlich angesehen. Zahlreiche Verteilungs- und andere Streitigkeiten waren die Folge. Nunmehr ist durch das Sondergesetz: RGBl. **06** 429 Abhilfe angebahnt worden. — S. über die Frage z. B. SeuffBl. **05** 285, 719, BayRpflZ. **05** 269, 350, 424, 464, 474, 475, 477, 490, 508, WürttZ. **17** 47, BayNotZ. **05** 116, 143. Vgl. auch zu § 52 Ziff. 2.

1. Abraham, Holdheims MSchr. **05** 181. § 50 findet nicht Anwendung auf den Fall, daß ein die Subhastation betreibender Hypothekengläubiger das Grundstück ersteht und erst nach dem Zuschlagstermin die Löschung einer ihm vorangehenden, nach § 1179 BGB. löschungspflichtigen Eigentümergrundschuld durchsetzt. — Anders RG. **57** 209 ff. ➠ Die löschungspflichtige Eigentümergrundschuld gehört überhaupt nicht in das geringste Gebot, sofern aus den Parteibeziehungen zwischen dem Ersteher, als bisherigem Hypothekengläubiger, und dem früheren Eigentümer hervorgeht, daß die Eigentümergrundschuld den Rang hinter der Hypothek des betreibenden Hypothekengläubigers haben solle. Vgl. Abraham zu § 1163 BGB. — Red. ⟵ Vgl. § 48 Ziff. 4, § 115 Ziff. 12.

2. RG. **60** 251, JW. **05** 291. Nur insoweit finden die Hypothekgrundsätze Anwendung auf die Grundschuld, als sie zu dieser passen, z. B. nicht eine Forderung voraussetzen. Daraus folgt, daß bei Nichtvalutierung der Grundschuld keine Eigentümergrundschuld entsteht. Der nicht ausgefüllte Teil der Grundschuld fällt vielmehr in der ZwV. den nächst ausfallenden Realgläubigern zu. ➠ Diese Frage dürfte endgültig noch nicht entschieden sein, obschon dieses Urteil auch anderweitige Zustimmung gefunden hat. Vgl. du Chesne, BayRpflZ. **05** 257; Landsberg, PosMSchr. **05** 78. — Red. ⟵ Vgl. IDR. **3** § 114 Ziff. 3.

3. PosMSchr. **05** 129 (Posen). Das versteigerte Grundstück blieb mit den beiden Hypothekenvormerkungen des früheren preuß. Rechtes belastet, und der Versteigerungsrichter hat die Vorschriften der §§ 44, 50 125 ZVG. durchaus richtig angewendet, indem er dem Beklagten die Verpflichtung auferlegte, den Betrag dieser bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Rechte für den Fall, daß sie ohne Zahlung wegfallen sollten, in bar zu zahlen.

4. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung 248, bespricht ins einzelne gehend die Erhöhung des Bargebots im Falle des Eintrags von Vormerkungen, die im geringsten Gebot berücksichtigt sind.

5. Vgl. auch zu § 52.

§ 52. 1. RG. **61** 37, JW. **05** 434, ZBlFG. **6** 17, ElsLothNotZ. **05** 295. Vor Beendigung des durch eine Höchstbetragshypothek gesicherten Kreditverhältnisses kann eine Eigentümergrundschuld an jener nicht entstehen. Ist sie aber entstanden, so können der Eigentümer oder die in seinem Rechte Stehenden den Vorrang der Eigentümergrundschuld demgegenüber nicht geltend machen, der nur zugunsten der Sicherungs- (z. B. Baugelder-) Hypothek im Range zurückgetreten ist. Sie würden durch den ihnen nicht gebührenden Vorrang gemäß § 812 BGB. rechtlos bereichert sein.

2. RG. **61** 374, JW. **05** 731 und BayRpflZ. **05** 490 (BayObLG.) nehmen an, daß sich die Zinsen- und Kostenkaution, wie jede andere Höchstbetragshypothek in Eigentümerhypothek umwandeln kann. Ebenso LG. Konstanz, BadNotZ. **05** 50.

3. *Fuchs, ZBlFG. 6 161. Das bewegliche Zubehör eines Grundstücks haftet für die hypothekarische Forderung nicht weiter, nachdem die im ZwVVerfahren ausgefallene Hypothek gemäß §§ 52 Abs. 1, 91 Abs. 1 erloschen ist, sofern es nicht schon vor dem Erlöschen der Hypothek Gegenstand einer dinglichen Klage oder einer Beschlagnahme zugunsten des Hypothekgläubigers geworden ist. Dies folgt aus dem Begriffe der Hypothek, die nach § 1113 BGB. nur die Belastung eines Grundstücks ist. Die Haftung beweglicher Sachen für eine Schuld ist keine Hypothek. Die Hypothek ist das Recht, von dem § 52 Abs. 1 Satz 2 sagt: „Im übrigen erlöschen die Rechte". Es ist nicht davon die Rede, daß von diesen Rechten etwas erhalten bleibe, etwa die kraft dieser Rechte bestehende Haftung einer beweglichen Sache. Mit der Hypothek als Grundstücksbelastung muß notwendig auch die nur kraft dieser Belastung bestehende Haftung beweglicher Sachen erlöschen, deren Fundament und einzige Stütze nun weggefallen ist. Damit verliert insbesondere der vom **RG. 55** 414 angeführte Grund, die Wirkung der Löschung könne, weil sie lediglich Folge des Zuschlags sei, nicht über das zugeschlagene Grundstück hinaus auf die vom Zuschlag ausgenommenen Zubehörstücke erstreckt werden, seine Bedeutung. Die Wirkung der Löschung wird in Wirklichkeit nicht weiter erstreckt, als der Zuschlag reicht; denn die Wirkung der Löschung ist der Untergang des dinglichen Rechtes der Hypothek, der den Untergang der nur kraft dieses dinglichen Rechtes bestehenden Haftung des Zubehörs nach sich zieht.

4. SächsOLG. **26** 381 führt über eine übergangene öffentliche Last folgendes aus: Die von der Stadtgemeinde angemeldete öffentlich-rechtliche Last von 459,36 M. war durch Zahlung zu decken und erlosch nach §§ 52, 91 durch den Zuschlag, mochte sie beim geringsten Gebot beachtet sein oder nicht. An ihre Stelle trat für die Stadtgemeinde ein Anspruch auf Befriedigung, daher kommt lediglich in Frage, ob dieser letztere Anspruch durch den erfolgten Zuschlag beeinträchtigt ist. Dies ist zu verneinen, da der hohe Versteigerungserlös ihn mit deckt. Benachteiligt könnte die Stadtgemeinde nur sein, wenn der Erlös unter dem richtig festzustellenden Mindestgebot zurückgeblieben wäre. Da dies nicht der Fall, hat die Stadtgemeinde keinen Anspruch auf Aufhebung des Zuschlags. Gegen Nichtaufnahme der angemeldeten Post in den Teilungsplan hätte die Stadtgemeinde Widerspruch und Beschwerde. S. zu § 84 Ziff. 1.

5. Vgl. über Amortisationshypotheken zu § 12.

§ 53. 1. **RG. 60** 255. Die Grundschuld wird an sich durch Verbindung mit einer persönlichen Forderung nicht zur Hypothek, was sich aus § 53 Abs. 2 ergibt. Vgl. zu § 50 Ziff. 2 dasselbe Urteil.

2. **RG. 60** 56. Durch den Zuschlag wird eine persönliche Haftung des Erstehers nur in Ansehung der bestehen bleibenden Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden nach Maßgabe des § 53 begründet, während eine entsprechende Vorschrift für Reallasten (z. B. Altenteile) nicht gegeben ist, weil sie sich für diese, soweit auf sie das neue Recht zur Anwendung kommt, durch § 1108 BGB. erübrigt. Streitig war diese Frage nach gemeinem Rechte. Vgl. Förster-Eccius, PrPrR. III § 188 Note I, Dernburg, PrPrR. I §§ 305, 308. Aber **RG. 16** 141 hat entschieden, daß der Eigentümer für die während seiner Besitzzeit aus einer Reallast fällig werdenden Leistungen nach gemeinem Rechte persönlich haftet.

3. Kreß, BayRpflZ. **05** 477, beschäftigt sich mit der Sicherungshypothek und deren Behandlung in der ZwV. und stellt 484 den Satz auf: § 53 setzt bereits bestehende Forderungen voraus. Soweit bis zur Beendigung der ZwV. Forderungen auf eine Höchstbetragshypothek erwachsen sind, wird man den Eintritt des Erstehers in die persönliche Haftung bejahen, im übrigen aber ablehnen müssen.

§ 55. 1. *Lewis, BuschsZ. **35** 87. Macht ein Dritter Anspruch auf Zubehörstücke, so wird, falls eine Einstellung des Verfahrens durch das Prozeßgericht erfolgt, das ganze Verfahren hiervon ergriffen. Dies trifft nur dann nicht zu, wenn vor oder nach der Einstellungsverfügung das Vollstreckungsverfahren in die Zubehörstücke von dem übrigen Vollstreckungsverfahren gemäß § 65 oder § 59 ZVG. getrennt wird. Daß eine solche Trennung stets erfolgen müsse, sobald wegen einzelner Zubehörstücke eine Einstellungsanordnung erlassen wurde, ist entgegen der gM. in Abrede zu stellen. Vgl. § 65 Ziff. 1.

2. **RG.** JW. **05** 175 erklärt verkauftes Jungvieh, mit Ohrenzeichen versehen, als gültig mitversteigert, weil es nicht vom Gute entfernt war. Vgl. § 95 Ziff. 1.

3. RheinA. **102** I 61 (Köln). Das OLG. spricht dem Ersteher einen auf dem versteigerten Grundstücke befindlichen, wenn auch seit 6 Monaten nicht mehr benutzten Geschäftswagen eines Dritten, der seine Rechte nach § 37 Ziff. 5 nicht geltend gemacht hatte, zu.

4. BadRpr. **05** 138 (Karlsruhe). Klavier und Stuhl eines Dritten wurden als Zubehör eines Gastwirtschaftsgrundstücks dem Ersteher mitzugeschlagen.

5. Wegnahmerecht s. zu § 93 Ziff. 2.

6. Über den Verkauf von Vieh vor der Zwangsversteigerung des Grundstücks **RG.**, PosMSchr. **05** 56 s. o. Ziff. 2 zu § 1121 BGB.

§ 56. Peiser, BuschsZ. **35** 266. Der Zuschlag soll trotz des § 87 möglichst sofort im Versteigerungstermin erfolgen im Hinblick auf die Gefahren der Verzögerung (z. B. Brandschaden).

§ 57. 1. **RG.** JW. **05** 487 bestätigt das in JDR. **3** § 57 Ziff. 5 erwähnte Urteil des OLG. Braunschweig. In einem Nebenvertrage hatte der Pächter das Gutszubehör gekauft gegen Rückkaufsverpflichtung des Verpächters. Diesem wurde das Gut subhastiert und der Ersteher erwarb durch Zuschlag zugleich jenes Gutszubehör. Die Klage des Pächters gegen den Ersteher (als Rechtsnachfolger des Verpächters) auf Zahlung des Kaufpreises für das Zubehör wurde auch vom RG. und zwar deshalb abgewiesen, weil der Ersteher die von ihm schon durch Zuschlag erworbenen Sachen, die der Pächter ihm unmöglich mehr gewähren könne, nach § 323 BGB. nicht zu zahlen brauche und selbst, wenn man bloße Sicherheitsleistung des Pächters nach §§ 587 ff. BGB. annehmen wollte, die Rechtslage nach § 572 Satz 2, § 581 BGB., § 57 ZVG. keine andere wäre, da dem Ersteher die Sicherheit nicht ausgehändigt sei und er deren Rückgewähr nicht übernommen habe. ➠ Unaufgeklärt bleibt freilich, wie die Mitversteigerung der Sachen des Pächters widerspruchslos geschehen konnte? Red. ⟵

2. Steiner, BayRpflZ. **05** 163. Dem Ersteher gegenüber wirkt die Miet- und Pachtzinspfändung gemäß § 573 BGB., soweit das zur Zeit des Zuschlags laufende und das folgende Kalendervierteljahr in Betracht kommt. Gegen weitere Ausdehnung steht dem Ersteher Widerspruch nach § 771 ZPO. zu. Vorstehendes gilt auch, wenn der Ersteher mit dem die ZwV. betreibenden dinglich Berechtigten identisch ist, was OLG. 8 6 und v. d. Pfordten, ZVG. 161 zu verneinen scheinen (?). Denn es gebühren zwar an und für sich die Miet- und Pachtzinse dem Ersteher als Eigentümer nach dem Zuschlag, aber gegen die nach Aufhebung der ZwVerw. fortwirkende Pfändung jener Zinse kann sich der Eigentümer nicht auf § 1124 Abs. 2 BGB. berufen.

3. Dagegen bekämpft Peiser, BuschsZ. **35** 269, in ausführlicher Darlegung die von Jaeckel, v. d. Pfordten, OLG. 8 6 (Hamburg) vertretene Meinung, daß der Ersteher aus der Beschränkung der Verfügung über Mietzinse durch ZwVerw. Beschlagnahme keine Rechte herleiten könne. Er hält den Zeitpunkt dieser Beschlagnahme als maßgebend für des Erstehers Rechte an den Mietzinsen

und bestreitet dem Extrahenten der ZwVerw. ein Recht, nach Zuschlag Vorausverfügungen über Mietzinse als unwirksam zu bekämpfen. Er erachtet die Beschlagnahme der Mietzinse durch ZwVerw. auch in dem Falle noch für wirksam, daß z. Z. des Zuschlags wegen § 1124 BGB. die Vorausverfügung über Mietzinse noch dem ZwVerwalter gegenüber in Kraft bestand. Jedoch empfiehlt er weitere Prüfung dieser schwierigen Frage.

4. OLG. **11** 145 (KG.). Der Mieter hat weder gegen den kündigenden Ersteher noch, wenn dieser der Meistgebotszessionar des vermietenden Nießbrauchers ist, gegen diesen einen Schadensersatzanspruch wegen der Kündigung. ➛ Anders gegen den Subhastaten als Vermieter, vgl. JDR. **3** § 57 Ziff. 3. — Red. ➛

5. Josef, GruchotsBeitr. **49** 764, R. **06** 160. Der Ersteher tritt bei Vermietung möblierter Wohnungen in der Regel nur in die Zimmervermietung, nicht in die Möbelvermietung, oder gar in die Beköstigungspflicht oder in einen Pensionsvertrag ein.

§ 58. Peter, ElsLothNotZ. **24** 167. Dem Staate gegenüber haftet der betreibende Gläubiger neben dem Ersteher für die Zuschlagskosten.

§ 59. Über Abweichung von gesetzlichen Bedingungen s. zu §§ 55 Ziff. 1, 182 Ziff. 1.

§ 63. 1. RJA. **6** 73, R. **05** 574 (KG.). Außer dem Eigentümer kann auch der Gesamthypothekar die Zusammenschreibung mehrerer mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke beantragen. Vgl. § 890 Abs. 2 BGB., § 13 Abs. 2 mit § 29 GBO. Jedenfalls ist er beschwerdeberechtigt, wenn der Antrag des Eigentümers auf Zuschreibung eines so belasteten Grundstücks zum anderen abgelehnt worden ist. Unerheblich ist hierbei, ob dadurch, daß die §§ 63, 64, 122, 123 ZVG. nach der Zusammenschreibung auf die Hypothek keine Anwendung mehr finden, das wirtschaftliche Interesse des Gläubigers gefördert wird, denn in jedem Falle wird seine Rechtslage dadurch anders gestaltet und sein rechtliches Interesse berührt. ➛ Selbstverständlich wird hierdurch die nach § 5 GBO. wichtige Frage, ob Verwirrung zu besorgen ist, nicht beseitigt. — Red. ➛

2. RJA. **4** 230, MecklZ. **24** 63 (KG.) halten die Zuschreibung von ideellen Anteilen (bes. an Wegen, Höfen, Weideländereien) zu einem anderen Grundstücke nicht für möglich, wenn dieser Standpunkt des BGB. auch bedauerlich sei.

3. OLG. **11** 332 (Königsberg) behandelte einen verwickelten Fall, da 2 Parzellen, in verschiedener Hypothek- und Reallast-Belastung auf einem Grundbuchblatt stehend, versteigert wurden. Es wies dabei auf §§ 890 Abs. 2, 1131 BGB. hin, erklärte den § 1131 auf Reallasten nicht für anwendbar, entschied, daß beim Ausbieten mit oder ohne Reallast nur der Gläubiger, der der Reallast auf der einen Parzelle vorging, hätte berücksichtigt werden dürfen, ließ es aber aus formellen Gründen bei Aufhebung beider Meistgebote, und wies für die künftige neue Versteigerung darauf hin, daß diese auch gegen nur 1 Parzelle betrieben werden könne und daß möglicherweise ein Einzelausgebot gemäß § 63 erfolgen müsse.

§ 64. 1. v. d. Pfordten, BayNotZ. **04** 249, R. **05** 384 bespricht unter Beifügung von Zahlenbeispielen die nahezu unlöslichen Widersprüche zwischen §§ 64 Abs. 2, 83 Ziff. 3 und 122, die zu einem befriedigenden Ergebnisse nicht gelangen lassen. Für den gangbarsten Weg, um der unklaren Gesetzesbestimmung zu genügen, hält er den, daß man bei der Prüfung der am Schlusse der Versteigerung vorliegenden Meistgebote sich davon überzeugt, ob bei dem Verfahren nach § 122 die Erlöse hinreichen, um alle nach § 83 Ziff. 3 zu berücksichtigende Beteiligte völlig auszuzahlen. Aber auch dann würde sich das Ergebnis nicht selten als trügerisch erweisen, weil § 122 Abs. 2 bei Nichtbarzahlung des Erstehers der Verteilung eine ganz andere Gestalt gebe.

2. LG. Colmar, ElsLothNotZ. **05** 342. Bei der Feststellung des geringsten Gebots ist auf Antrag die Gesamthypothek nur auf die in dem Verfahren zu versteigernden Grundstücke in der gesetzlichen Weise zu verteilen.

3. OLG. **11** 126, R. **05** 596 (KG.). Wird eine Gesamthypothek in das geringste Gebot aufgenommen, so ist für Gerichtskosten und Stempel des Zuschlagsbescheids ihr ganzer Betrag nach PrGKG. §§ 126, 127 anzusetzen.

4. Vgl. auch zu § 112.

§ 65. 1. ZBlFG. **5** 717 (Dresden). Die ZwV. eines Fabrikgrundstücks kann wegen gewisser beweglicher Zubehörungen auf Antrag eines Dritten, aus dessen Grundstück die Sachen auf das beschlagnahmte Grundstück gebracht worden waren und der daran ein Pfandrecht wegen rückständigen Mietzinses geltend macht, in der Weise eingestellt werden, daß die Versteigerung dieser Gegenstände nur besonders erfolgen darf.

2. Vgl. zu § 55[1].

V. Versteigerung.

§ 66. Vorbemerkung. Der in der Vorbemerkung JDR. **3** vor § 66 besprochene Mißstand, daß genügende gesetzliche Handhaben gegen Versteigerungserlöse weit unter Wert und zur Beseitigung ihrer Folgen für die Beteiligten fehlen, besteht unverändert fort, vielleicht im Hinblick auf die Entsch. u. zu § 66 Ziff. 2, § 85 Ziff. 1 u. 2 noch im verstärkten Maße.

1. Goßlich, ZBlFG. **5** 735, verlangt volle Öffentlichkeit für die Verhandlung im Versteigerungstermin und deren Feststellung im Protokoll unter Hinweis auf den jedenfalls nicht entgegenstehenden § 170 GVG. und auf die Mot. 218, wonach die Anwendbarkeit des § 159 Ziff. 5 ZPO. außer Zweifel stehe. Er vermißt im Preuß. Protokollformulare eine entsprechende Überschrift. Vgl. § 78 Ziff. 1.

2. Der JDR. **3** § 66 Ziff. 3 erwähnte Beschluß der VZS. des RG. ist nun abgedruckt **RG. 60** 273 und spricht aus: Ein Vertrag über Abhalten vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung gegen Zusicherung eines Vorteils ist nach § 134 BGB. mit Rücksicht auf § 270 PrStGB. nicht unter allen Umständen nichtig. (Näheres o. Ziff. II 1 zu § 134 BGB.) Der Beschluß ist im wesentlichen damit begründet, daß der angezogene § 270 nur das einseitige Abhalten vom Bieten mit Strafe bedroht, aber nicht weiter greifen, namentlich nicht das Rechtsgeschäft selbst in seine Strafbestimmung einbeziehen will. Vorstehender Rechtssatz wurde auch im Urt. **RG.** V 217/04 v. 3. 5. 05 angewendet. ➻ Zu erwägen wird immer noch sein, ob in einzelnen Fällen doch nicht der ganze Vertrag nach § 138 BGB. oder nach der Regel des § 139 BGB. oder deswegen nichtig ist, weil, wer sich vom Bieten abhalten läßt, oft, ja vielleicht meist, zugleich den Anstifter vom Höherbieten abhält. — Red. ⟵

3. **RG.** V 65/05 v. 4. 10. 05. Der Vertrag, wonach einer zugleich für andere bis zu einem gewissen Höchstbetrage bei der ZwV. bieten soll, muß nicht immer unsittlich sein. Er ist im Zweifel eher als Auftrags- wie als Gesellschaftsvertrag aufzufassen, daher formfrei, und er kann noch während des Bietens den anwesenden Auftraggebern gemäß § 671 Abs. 1 BGB. vom Beauftragten gekündigt werden, so daß dieser nun für sich allein weiterzubieten berechtigt wird.

4. Fuld, SeuffBl. **05** 592, fordert strenges Einschreiten gegen Abhalten vom Bieten und erachtet Verträge darüber als durchaus unter § 138 Abs. 1 BGB. fallend, soweit nicht ohnedies Strafvorschriften dagegen bestehen.

5. HansGZ. **05** Beibl. 305 (Hamburg). Die bloße Erteilung einer allgemeinen Prozeßvollmacht verpflichtet — besonders nach Hamburger Herkommen —

den die ZwV. betreibenden Rechtsanwalt nicht ohne weiteres, die Rechte und Interessen des Vollmachtgebers im ZwVTermine zu vertreten und zur Rettung seiner Hypothek mitzubieten.

6. Vgl. über Wahrung des Ortes und der Zeit der ZwV. § 37 Ziff. 1, über Bieten von Behörden zu § 71, über ein Mittel, das Meistgebot herabzudrücken, § 91 Ziff. 1.

§ 67. 1. RG. DJZ. **05** 1061. Die Sicherheitsleistung kann unter Umständen auch durch Übergabe eines dem Kautionspflichtigen im Termin ausgehändigten Sparkassenbuchs eines anderen geleistet werden, wenn der allseitige Wille hierauf gerichtet ist.

2. Sekler, Die Lehre von der Vormerkung 240. Auch der nur vorgemerkte Hypothekar kann Sicherheitsleistung verlangen.

§ 71. 1. Elsässer, BadNotZ. **05** 88, bespricht die Genehmigung von Behörden zu Geboten und bezieht sich auf einen Beschluß des OLG. Karlsruhe, wonach eine bloß allgemeine Zustimmung für die Vertretungsmacht bei ZwV. nach Reichsrecht nicht genügt und § 71 Abs. 2 die Zustimmung des anderen zu den einzelnen nach Gegenstand und Betrag bestimmten Geboten verlangt.

2. Heilung von Mängeln der Vertretung s. zu § 96 Ziff. 1.

§ 72. Über Erlöschen des früheren Gebots s. § 77 Ziff. 1.

§ 73. 1. Goßlich, ZBlFG. **5** 736, R. **05** 385, beanstandet die Fassung des Preuß. Formulars über die Aufforderung zum Bieten. Er hält zwischen den dreimaligen Aufrufen des letzten Gebots und zwischen dem letzten Aufruf und der Verkündung des Versteigerungsschlusses eine Aufforderung zum Bieten nicht mehr für erforderlich, sondern nur vor dem dreimaligen Aufruf, während man nach jenem Formular das Gegenteil annehmen könnte.

2. Über Maßregeln bei Lokaländerung s. zu § 37 Ziff. 1, über Genehmigung eines Verstoßes gegen § 73 s. § 84 Ziff. 2.

§ 74. Sofortige Zuschlagserteilung wünschenswert; s. § 56.

§ 75. Zahlung eines Dritten, wenn mehrere die ZwV. betreiben; s. zu § 27 Ziff. 1.

§ 77. 1. ZBlFG. **6** 22, R. **05** 596 (Dresden). Die Anfechtung des Übergebots wegen Irrtums kann gegebenenfalls nur zur einstweiligen Einstellung des Verfahrens, aber nicht zur Erteilung des Zuschlags auf das erloschene vorausgegangene Gebot führen. Wesentlicher Irrtum des Bietenden über sein eigenes Gebot ist gewöhnlich nicht anzunehmen, wenn dieses den wahren Wert des Grundstücks nicht übersteigt (vgl. JDR. **2** § 119 BGB. Ziff. II 1).

2. Über Einstellung und Aufhebung des Verfahrens dort, wo der Notar versteigert, s. zu § 13 EG. Ziff. 4.

§ 78. 1. LG. Waldshut, BadNotZ. **05** 150. Das ZwVProtokoll, für das die §§ 159—164 ZPO. gelten, muß bemerken, daß es vorgelesen oder vorgelegt und daß es genehmigt oder beanstandet wurde.

2. S. über Protokollformular § 66 Ziff. 1, § 73 Ziff. 1.

VI. Entscheidung über den Zuschlag.

§ 80. OLG. **11** 120 (Karlsruhe) hält diese Vorschrift über die Bedeutung des Versteigerungsprotokolls nicht für anwendbar bei Mangelhaftigkeit des Verteilungsplans.

§ 81. 1. *Kockerols, ZBlFG. **5** 469, unterscheidet zwei Fälle, nämlich die Weiterveräußerung an einen beliebigen Dritten und die Abtretung der Rechte aus dem Zuschlag an den Auftraggeber; beides ist auch bei der Veräußerung möglich, die im vormals rheinisch-französischen Rechtsgebiete bei freiwilligen Grundstücksversteigerungen der Ansteigerer in der Form der sog. Command-Erklärungen

vornimmt, d. h. auf Grund eines in den Versteigerungsbedingungen enthaltenen Vorbehalts, der die Weiterveräußerung in 3 Tagen gestattet. — Im PrStempG. sind sowohl die Fälle des § 81 ZVG. wie die Commanderklärung bei den heutigen freiwilligen Versteigerungen nicht mehr erwähnt. Beide Arten von Rechtsgeschäften unterstehen also der allgemeinen Regel der Tarifstelle 32 und unterliegen somit, soweit es sich um Weiterveräußerung an einen Dritten handelt, der nicht Auftraggeber ist, dem Wertstempel. Es ist aber anzunehmen, daß der Finanzminister in Anlehnung an das frühere Recht die Stempelfreiheit gemäß Abs. 8 stillschweigend duldet. Vgl. KGJ. **30** B 20, 50 (KG.).

2. Freund, ZBlFG. **5** 506, erklärt den, der nur einen Bruchteil des Rechtes aus dem Meistgebot erwirbt, nur als Gesamtschuldner hinsichtlich der seinen Bruchteil betreffenden Pflichten. AM. Kretzschmar.

3. Mietkündigung des Meistgebots-Zessionars s. § 57 Ziff. 5.

§ 82. 1. RG. **60** 48, JW. **05** 216. Der Zuschlagsbeschluß muß sämtliche (besondere) Versteigerungsbedingungen enthalten. Soweit dies nicht der Fall und nicht rechtzeitig Beschwerde nach § 100 eingelegt ist, treten die gesetzlichen Bedingungen ein (s. zu § 100 Ziff. 3). Der Zuschlagsbeschluß hat nicht mehr die Bedeutung einer Bestätigung eines Vertragsschlusses, sondern die eines rechtsbegründenden (konstitutiven) Erlasses. Zwar ist er vielleicht der Auslegung oder der Berichtigung offenbarer Versehen (§ 319 ZPO.) fähig, aber seine Ergänzung aus dem Versteigerungsprotokoll ist unzulässig. Wurde ein Grundstück zuerst mit, dann ohne Altenteil ausgeboten und nur im letzteren Falle ein Gebot gelegt, enthält aber der Zuschlagsbeschluß nichts über Erlöschen des Altenteils, so bleibt dieser bestehen und genießt sogar die Rangverbesserung, die er durch Löschung der durch den Zuschlag erloschenen, ihm früher vorgegangenen Hypotheken erlangt hat. Der § 88 will, indem er Zustellung des Zuschlagsbeschlusses auch an Nichterschienene vorschreibt, dafür sorgen, daß auch diese ihre Rechte gegen ihn durch Beschwerdeführung nach § 100 wahren können. Vgl. über denselben Fall JDR. **3** § 9 Ziff. 2 EG. (319).

2. PosMSchr. **05** 171 (Posen) hat, auf vorstehende Entscheidung des RG. sich stützend, einen Zuschlagsbeschluß, der das zur Bedingung gemachte Erlöschen des Altenteils nicht enthielt, aufgehoben, gleichzeitig aber auch das ganze Verfahren im Versteigerungstermine, weil jene Bedingung auf Antrag einer dazu nicht berechtigten, weil ohnedies gesicherten, Hypothekgläubigerin aufgenommen worden war.

§ 83. 1. *Friedrichs, Kommentar zum ZuständigkeitsG. 103. Die Öffentlichkeit des Weges ruht auf dem Wegekörper wie eine dingliche Last. Sie zwingt den Eigentümer zur Duldung der Benutzung für den öffentlichen Verkehr, der Reinigung und Beleuchtung, OVG. **36** 240, und geht allen privatrechtlichen Lasten vor. Im übrigen bleibt der Wegekörper frei veräußerlich, auch kann das Eigentum, unbeschadet der Wegeeigenschaft im Zivilprozeß festgestellt werden, Droop, Rechtsweg 77. Doch nimmt das RG. an, daß die Belastung des Wegekörpers mit Hypotheken und die Zwangsversteigerung desselben unzulässig sei. RG. **4** 280, 281. Unrichtig, denn da das Eigentum am Wegekörper ohne Einfluß auf die Öffentlichkeit des Weges ist, so kann er durch den Zuschlag ebensowohl übertragen werden, wie durch freiwillige Veräußerung; das Eigentum ist, gleich dem quiritarischen Eigentum des RömR. ohne praktische Bedeutung, tritt aber in volle Wirksamkeit, sobald die Widmung für den öffentlichen Verkehr (im Verfahren nach § 57 ZustG.) beseitigt wird. (Vgl. JDR. **2** Ziff. 1 zu Artt. 107, 109 EGBGB.)

2. Zu Ziff. 1 vgl. § 52 Ziff. 4, § 84 Ziff. 1 über unschädliche Fälle; zu Ziff. 3 vgl. § 64 Ziff. 1 über Behandlung der Gesamthypothek; zu Ziff. 7 s.

§ 84 Ziff. 2 und § 37 Ziff. 1 über unrichtige Terminsabhaltung, endlich zu Ziff. 5 u. 6 vgl. § 28.

§ 84. 1. ZBlFG. **5** 561 (Dresden) hob wie seine Vorderrichter den Zuschlagsbeschluß wegen Übergehung einer angeblich nach § 10 Ziff. 3 zu berücksichtigenden Polizeigebühr von 1 M. bei Feststellung des Bargebots nicht auf, sondern verwies die Anmeldung in die Verteilung des ausreichenden Versteigerungserlöses. Ähnlich Peiser, BuschsZ. **35** 262, bezüglich der im geringsten Gebot nicht berücksichtigten Eigentümerhypothek für Amortisationsraten, er will aber den geschädigten nachfolgenden Hypothekgläubigern in solchen Fällen ein Beschwerderecht gegen den Zuschlag gewähren. Vgl. auch zu § 52 Ziff. 4.

2. KGBl. **05** 40, R. **05** 285 (KG.). Die Genehmigung, wovon Abs. 2 spricht, kann in einer zum Versteigerungsprotokoll abgegebenen Erklärung liegen. Die Genehmigung eines nach § 83 Ziff. 7 von Amts wegen zu berücksichtigenden Mangels (z. B. ungenügender Terminsabhaltung) durch den betreibenden Gläubiger (allein?) ist unwirksam.

3. Freund, ZBlFG. **5** 506, hält wenigstens für Preußen z. Z. eine Genehmigung zu Protokoll des Gerichtsschreibers für ausgeschlossen, wenn auch deren Zulassung wünschenswert sei.

§ 85. ➳ Der Antrag auf wiederholte Versteigerung wegen zu niedrigen schädigenden Meistgebots scheint wegen seiner Erschwerung wenig in Gebrauch zu sein. Um so häufiger kommt in Prozessen die Behauptung vor, daß solche Meistgebote Beteiligte geschädigt, den Ersteher bereichert haben. In dieser Richtung sind folgende Entscheidungen zu verzeichnen. Red. ⇠

1. SächsA. **15** 529 (Dresden). Vorteilhafte Weiterveräußerung des in der ZwV. erstandenen Grundstücks durch den mit seiner Forderung ausfallenden Gläubiger ist in der Regel ohne Einfluß auf die Haftung des persönlichen Schuldners. Ausnahmen — insbesondere solche, die auf Vereinbarung beruhen — sind denkbar.

2. **RG.** V 155, 8. 7. 05. Der in der ZwV. ausgefallene Gläubiger wird durch günstigen Weiterverkauf des Grundstücks nicht rechtlos nach § 812 BGB. bereichert. Die von ihm auf Ersatzleistung Verklagten haben keinen Rechtsanspruch darauf, daß er einen Vorteil, den er durch Weiterveräußerung erzielt hat, sich ihnen gegenüber anrechnen läßt, um den Nachteil auszugleichen, den er durch die unrichtige Verteilung des Versteigerungserlöses als Hypothekgläubiger erlitten hat; denn diese beiden Rechtsbeziehungen stehen in keinem inneren Zusammenhang.

3. **RG.** SeuffA. **60** Nr. 117. Der Gläubiger-Ersteher verklagte die Personen, die vor Beschlagnahme zur Zubehörverschleppung mitgewirkt hatten, auf Schadloshaltung wegen seines Ausfalls. Als Ersteher ist er nicht klageberechtigt. Soweit er aber als Hypothekgläubiger aus §§ 823, 826 BGB. klagt, ist seine Revision gegen die Klagabweisung hinfällig, weil der Berufungsrichter einwandfrei festgestellt hat, daß er angesichts des das Meistgebot übersteigenden wahren Wertes des Grundstücks in Wirklichkeit keinen Schaden erlitten hat.

4. Über Schädigung des Zessionars s. zu § 41, und des durch Anwalt vertretenen Gläubigers zu § 66 Ziff. 5.

§ 86. Über Versagung des Zuschlags durch den Notar s. § 13 EG. Ziff. 4.

§ 87. Vgl. über Öffentlichkeit des Termins § 66 Ziff. 1 und über möglichst sofortigen Zuschlag § 56.

§ 88. S. zu § 82 Ziff. 1 über die Bedeutung der Zustellung des Zuschlagsbeschlusses.

§ 89. BadRpr. **05** 189 (BadVerwG.). Schon mit Verkündung des Zuschlagsbeschlusses geht das Eigentum über, was aber nach § 90 später wieder rückgängig werden kann.

§ 90. 1. Abs. 1. BadRpr. **05** 309 (Karlsruhe). Der unangefochten gebliebene Zuschlagsbeschluß kann später gegebenenfalls auf Grund des § 826 BGB. doch noch beseitigt werden.

2. R. **05** 472 Nr. 1851 (Kiel). Der Hypothekgläubiger, der das verpfändete Grundstück in der ZwV. erworben hat, kann einen Anspruch auf Herausgabe der *vor* der Beschlagnahme an den Eigentümer gezahlten Versicherungssumme für verbrannte Maschinen *gegen den Eigentümer* weder aus seinem Pfandrecht, noch aus dem Zuschlag herleiten, noch mit ungerechtfertigter Bereicherung begründen, mögen die Maschinen als Zubehör oder als Bestandteile des Grundstücks anzusehen sein.

3. Vom LG. Altona wurden dem Ersteher auf seine Klage die Einrichtungsgegenstände einer Gastwirtschaft, als Buffett, Regale, Stoßkegelbahn usw., zugesprochen, weil sich das Haus nach seiner baulichen Anordnung als Gasthaus darstelle. Dem Bekl. wurde vom OLG. Kiel und vom **RG.** (6. 12. 05) das Armenrecht hiergegen verweigert.

4. LG. Landsberg a. W., KGBl. **05** 28. Nach Art. 20 Nr. 1 u. 2 der PrVO. betr. das Grundbuchwesen vom 13. 11. 99 kann eine Parzelle, wenn sie auch im Grundbuch und Kataster als Teil des zugeschlagenen Grundstücks nicht mit aufgeführt war, wenn sie aber nach der historischen Entwickelung in 44jährigem Besitze zum Grundstück gehörte und vom Zuschlag nicht ausgeschlossen war, als mitzugeschlagen gelten.

5. OLG. **11** 324 (KG.). Das KG. sprach eine nach Kataster und Grundbuch zum ersteigerten Grundstück gehörige, wenn auch mit dem Grundstück des Nachbars eingezäunte Parzelle dem Ersteher zu.

6. Vgl. über Übergang des Eigentums § 89, über Mietzinsbezug des Erstehers § 57 Ziff. 3 u. 4 und über Erwerb gefällter Waldbäume § 21 Ziff. 2. S. auch zu §§ 20, 55.

§ 91. 1. v. d. *Pfordten*, BayRpflZ. **05** 255, hält (ähnlich *Freund*, ZBlFG. **5** 506) auch die Übernahme erloschener Rechte für zulässig und den Abs. 3 für nicht entgegenstehend. Er findet wirtschaftlichen Anlaß dazu z. B. dann, wenn der Ersteher dem ausgefallenen Gläubiger persönlich als Bürge haftet oder wenn eine durch den Zuschlag erloschene Grunddienstbarkeit für ihn nicht erschwerend ist. Einen Mißbrauch solcher freiwilliger Lastenübernahme zu geheimen Vereinbarungen über Herabdrücken des Versteigerungserlöses und der Gerichtsgebühren erachtet er nicht für wahrscheinlich. Vgl. JDR. **3** § 91 Ziff. 3.

2. OLG. **11** 120 (Karlsruhe). Eine auf Grund einstweiliger Verfügung eingetragene, aber durch Zuschlag erloschene Vormerkung des Rechtes auf Eintragung einer Sicherungshypothek hat nur dann Anspruch auf den Versteigerungserlös, wenn der Berechtigte zum mindesten die schon geschehene Einräumung der Sicherungshypothek oder die Verurteilung des Schuldners dazu nachweisen kann. Bedenken sind gegen die abweichende (JDR. **2** § 48 Ziff. 2 erwähnte) Entscheidung des OLG. Dresden zu erheben. Vgl. auch o. § 48.

3. OLG. **11** 127, R. **05** 596, ZBlFG. **6** 478, KGJ. **30** A 222 (KG.). Der Hypothekübernehmer nach § 91 Abs. 2 übernimmt rechtsgrundsätzlich zugleich die persönliche Schuld und der bisherige Schuldner wird dadurch befreit. Die Hypothek bleibt als solche, nicht etwa als Grundschuld, weiter bestehen. S. eine teilweise abweichende Entscheidung JDR. **3** § 91 Ziff. 4.

4. **RG.** V 14, 5. 7. 05. Den auf Zahlung einer Hypothekforderung Verklagten darf der Richter nicht ohne weiteres dinglich oder persönlich verurteilen, falls ihm die Parteien, wenn auch ohne besondere Folgerungen daraus zu ziehen, mitgeteilt haben, daß inzwischen die ZwV. stattgefunden hat und wenn er daher

annehmen muß, daß dadurch die Hypothek nach § 91 erloschen und die Forderung wenigstens teilweise getilgt ist.

5. ZBlFG. **6** 340 (Dresden) sprach im Beschwerde-Verfahren gegen den Verteilungsplan folgendes aus: Der Umstand, daß der Versteigerungserlös in erster Reihe zur Befriedigung der Realgläubiger dient, hindert die Aufrechnung des Erstehers mit einer ihm an den Schuldner zustehenden Forderung nur insoweit, als der Erlös auf Ansprüche zuzuteilen ist, die ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewähren. Soweit dies nicht der Fall, der Versteigerungserlös also dem Schuldner gebührt, kann der Ersteher gemäß §§ 387 ff. BGB. aufrechnen. Ein Gläubiger, der vor Fälligkeit der Forderung des Erstehers die Eigentümerhypothek wenn auch ohne Briefwegnahme nach § 830 Abs. 2 ZPO. gepfändet hatte, kann die Aufrechnung zwischen Ersteher und Subhastaten hindern. Der Ersteher kann nicht verlangen, daß wegen seiner Aufrechnung die nach § 91 erloschene Eigentümerhypothek auf ihn überschrieben werde. Dies würde dem § 130, der nur Ersuchen um Löschung gestattet, widersprechen.

6. Sekler, Lehre von der Vormerkung 251. Vormerkungen können durch Vereinbarung nicht erhalten werden.

7. Einfluß des Hypothekerlöschens auf Zubehör s. § 52 Ziff. 3. Schaden durch Hypothekerlöschen s. zu § 85 Ziff. 3, § 66 Ziff. 5 u. § 41. Inhaltsänderung an der übernommenen Hypothek s. zu § 130 Ziff. 1.

8. Anerbengutseigenschaft erlischt nicht; s. u. § 2 EG. Vgl. auch § 9 das.

9. Vgl. auch o. Ziff. 3 zu § 416 BGB.

§ 92. 1. **RG. 60** 224. Das sog. Surrogationsprinzip gilt auch für Rechte, die auf einem am Grundstücke bestehenden Rechte lasten. Vgl. zu § 128 Ziff. 1.

2. Fälle, in denen Nachmännern der Erlös für die erloschene Last gebührt, s. § 50 Ziff. 2, § 48 Ziff. 5 u. 6, § 114 Ziff. 2.

§ 93. 1. Peiser, BuschsZ. **35** 266. Die ZwVollstreckung des § 93 ist auch gegen sog. Deputanten und Instleute (nicht aber gegen Mieter und Pächter) zulässig.

2. Kretzschmar, ZBlFG. **6** 9, gibt die Ansicht seines Kommentars auf, daß gegen den Ersteher das Wegnahmerecht nach §§ 258 ff. BGB. schlechthin geübt werden könne, und erkennt an, daß es auch bezüglich nicht wesentlicher Bestandteile (§ 95 BGB.) nur im Wege des § 37 Nr. 5 geltend gemacht werden dürfe. (Vgl. Auszug aus dieser Abhandlung R. **06** 159).

VII. Beschwerde.

§ 95. 1. SächsOLG. **26** 89. Hat der Vollstreckungsrichter vor dem Versteigerungstermin den Antrag des angeblichen dritten Eigentümers auf einstweilige Einstellung des ZwVerfahrens hinsichtlich des Grundstückszubehörs wegen Dringlichkeit des Falles (nach §§ 771 Abs. 3, 769 Abs. 2 ZPO.) in Vertretung des Prozeßrichters geprüft und zurückgewiesen, so findet auf diese Entscheidung der § 95 keine Anwendung und sie unterliegt daher nach der allgemeinen Vorschrift des § 793 ZPO. der sofortigen Beschwerde. Diese ist aber nach § 1121 BGB. unbegründet, wenn das Inventar zwar verkauft, aber vom Gute noch nicht entfernt ist. Vgl. § 55 Ziff. 2, § 20 Ziff. 8.

2. Unterlassung der Beschwerde Zustimmung? s. § 182 Ziff. 1.

§ 96. 1. PosMSchr. **05** 100 (Posen). Da nach § 96 die Vorschriften der ZPO., soweit nicht §§ 97—104 ein anderes bestimmen, auf die Beschwerde gegen die Entscheidung über den Zuschlag Anwendung finden, so muß auch die Vorschrift des § 577 Abs. 2 Satz 3 ZPO. zur Anwendung kommen. Der § 579 ZPO. betreffend die Nichtigkeitsklage greift daher auch dem Zuschlagsbeschlusse gegenüber durchaus Platz. (Vgl. Jaeckel § 100 Anm. 4, Fischer-Schäfer, **RG. 35** 399.) Aber im gegebenen Falle ist der Mangel gesetzwidriger Vertretung

des Erstehers im Bietungstermine durch nachträgliche Genehmigung des Meistgebots beseitigt.

2. ElsLothNotZ. **05** 366 (Colmar). Die weitere Beschwerde in ZwVSachen erfordert auch einen neuen selbständigen Beschwerdegrund.

§ 100. 1. SächsOLG. **26** 92. Der Ersteher hat kein Beschwerderecht gegen die seine Rechte nicht betreffenden Bedingungen, wodurch z. B. die Ausnahme eines enteigneten Teilstücks vom Zuschlage bestimmt war. Diese Bedingung war auch richtig. Nur bei gänzlicher Enteignung ist die ZwV. aufzuheben, bei Teilenteignung geht sie weiter unter Ausschluß des enteigneten Teiles von der Versteigerung.

2. Die zu § 77 Ziff. 1 erwähnte Entscheidung ließ das Beschwerdeverfahren wegen irrtümlichen Gebots zu, verneinte aber Irrtum.

3. **RG.** **60** 48. Beschwerde ist nicht nur wegen Unrichtigkeit, sondern auch wegen Unvollständigkeit des Zuschlagsbeschlusses z. B. dann zulässig, wenn er nichts über Erlöschen eines Altenteils enthält. Vgl. o. § 82 Ziff. 1.

4. Unterlassung der Beschwerde als Zustimmung s. zu § 182 Ziff. 1.

VIII. Verteilung des Erlöses.

§ 105. Freund, ZBlFG. **5** 506, hält im Gegensatze zu Kretzschmar bei Anberaumung eines zweiten Verteilungstermins (§ 105 Abs. 4) die Wahrung einer neuen 14tägigen Zustellungsfrist insofern nicht für nötig, als die 14 Tage nur zwischen der Zustellung des Zuschlagsbeschlusses und dem Teilungstermin inmitte liegen müßten.

§ 107. 1. *du Chesne, SeuffBl. **05** 513. Die Pfändung des Anspruchs des Schuldners auf den Versteigerungserlös ist nur die inadäquate Form für die in Wirklichkeit vorliegende Pfändung des öffentlich-rechtlich (durch die Beschlagnahme) gebundenen Eigentums des Schuldners an dem von den Gläubigern nicht zur Befriedigung in Anspruch genommenen Teile des Versteigerungserlöses. Vgl. auch JDR. **3** zu § 107.

2. **RG.** V 444/04, 29. 3. 05. Wenn die Pfändung einer (durch Zuschlag erloschenen) Post erst nach dem Zuschlage erfolgt und ausdrücklich den Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse mit umfaßt, wenn also nicht die Hypothek, sondern das an ihre Stelle getretene Befriedigungsrecht (**RG.** **55** 264) den Gegenstand der Pfändung ausmacht, so kann davon, daß die Pfändung nur wirksam wäre, wenn sie sich auch auf das Hypothekendokument erstreckt, keine Rede sein. ➳ Damit erledigen sich die Bedenken Buhes, DJZ. **05** 1116, der anzunehmen scheint, das RG. verlange Briefwegnahme auch in derartigen Fällen. Red. ⇽

3. Im übrigen empfiehlt Buhe a. a. O., die schwierige Pfändung der nicht in das geringste Gebot aufgenommenen Eigentümerhypothek durch Erlöspfändung nach Einleitung der ZwV. tunlichst zu ersetzen.

4. R. **05** 112 Nr. 517 (Jena). Die Forderung auf den Überschuß, der sich eventuell bei der ZwV. eines Grundstücks nach Befriedigung der Realgläubiger zugunsten des Subhastaten ergibt, kann schon vor dem Verteilungstermine durch eine dem Ersteher nach § 845 ZPO. zugestellte Pfändungsbenachrichtigung zugunsten eines Gläubigers des Subhastaten gesichert werden.

5. SeuffA. **60** Nr. 134 (Dresden). Drittschuldner bei Pfändung des Erlösanteils eines HypGläubigers ist der Subhastat. Aber es ist unter Umständen unschädlich, wenn der dem Subhastaten zugestellte Pfändungsbeschluß nicht an den Subhastaten, sondern an den Fiskus als Drittschuldner das Zahlungsverbot richtet.

6. SeuffA. **60** Nr. 45 (Posen). Die Benennung des Erstehers als Drittschuldners in der Pfändung des Erlösüberschusses kann nur unrichtige Bezeichnung und als solche unschädlich sein.

7. OLG. **11** 330 (Königsberg). Die Übergabe des Hypothekenbriefs nach dem Zuschlage macht die frühere Pfändung der Eigentümergrundschuld nicht gültig. Die Erlöspfändung ist gültig, wenn sie dem Eigentümergrundschuldgläubiger, der Schuldner und Drittschuldner zugleich war — RG. **40** 396 — gemäß § 857 ZPO. zugestellt wurde.

8. PosMSchr. **05** 151 (Posen) erklärte eine, wenn auch mangels der Briefübergabe ungültige Übertragung der Eigentümergrundschuld nach den gegebenen besonderen Umständen wenigstens für wirksam als Abtretung des Anspruchs auf den Versteigerungserlös.

9. Über Aufrechnung des Gläubiger-Erstehers mit dem Erlösüberschusse des Subhastaten s. § 91 Ziff. 5. Übertragung auf den Überweisungsgläubiger s. § 118 Ziff. 1.

§ 109. OLG. **11** 325 (Karlsruhe) erkennt mit RG. **45** 392 und Jaeckel die Gebührenfreiheit eines die ZwV. betreibenden Kirchenfonds nicht an.

§ 110. Über Berücksichtigung von Amortisationsraten und Eigentümerhypotheken s. § 37 Ziff. 2, § 45 Ziff. 2. Folgen der Nichtanmeldung s. zu § 115 Ziff. 1 u. 2.

§ 112. 1. Biermann, R. **05** 265, erörtert die „Einheitlichkeit" der Gesamthypothek, gelangt zu der Regel, daß eine ursprüngliche Vereinigung verschiedenartiger Hypotheken (Brief-, Buch-, Sicherungshypotheken) oder gar eine Vermengung von Hypothek und Grundschuld zu einer Gesamthypothek unmöglich ist, will aber solche Verbindung durch spätere Umstände besonders in den zwei Fällen zulassen: a) wenn der Eigentümer eines der Grundstücke nach § 1173 Abs. 2 BGB. den Gesamthypothekar befriedigt, b) wenn für die ausgeklagte Verkehrshypothek eine Zwangshypothek nach § 866 ZPO. eingetragen wird. Vgl. JDR. **2** § 128 Ziff. 3.

2. RG. ZBlFG. **6** 408 (teilweise JW. **05** 319). Auf einem Grundbuchblatte standen die Hauptparzelle (Bauland) und die Straßenparzelle mit verschiedener Belastung, was für zulässig sowohl nach früherem preuß. Rechte als nach Reichsrecht erklärt wurde. Das Berufungsgericht nahm bei der Verteilung in entsprechender Anwendung des § 112 gleichen Wert beider Teilstücke an, das RG. verwies aber die Sache zur genaueren Wertsfeststellung durch Sachverständige zurück und erklärte hierbei die Wertschätzung des Erstehers allein nicht für maßgebend und den Grund des BR., daß die Straßenparzelle in fremden Händen die Bebauung der Hauptparzelle verhindern und so diese entwerten könne, nach Lage der Sache (da es sich um keine sog. Baumaske handle), für unzutreffend. Dabei sprach es folgendes aus: Der Revisionskläger hat in Frage gezogen, ob § 112 ZVG. und Art. 8 PrAG. hierzu nicht bloß Vorschriften für das Vollstreckungsgericht seien und ob überhaupt der Prozeßrichter eine andere Verteilung des Meistgebots, als welche das Vollstreckungsgericht zugrunde gelegt hat, anordnen könne. Dieser Zweifel hat keine Berechtigung. Ebenso wie bisher (RG. **39** 318, **41** 317) ist es auch jetzt noch den Beteiligten unbenommen, eine andere Verteilung, als die vom Vollstreckungsgericht vorgenommene, zu verlangen, deshalb Widerspruch gegen den aufgestellten Teilungsplan zu erheben und im Prozeßwege die von ihnen verlangte andere Verteilung durchzusetzen. Vgl. zu § 63 Ziff. 3.

3. Peiser, BuschZ. **35** 267, läßt im allgemeinen sofortige Beschwerde gegen den Teilungsplan nur bei Verfahrensfehlern zu, erklärt aber als solchen

auch den Verstoß gegen § 112 und will dagegen neben der Widerspruchsklage (**RG. 39** 318) auch die sofortige Beschwerde geben, s. zu § 115 Ziff. 3.

§ 114. 1. ZBlFG. **5** 712, R. **05** 285 Nr. 1382 (Dresden). Der Verteilungsplan ist gemäß den Einträgen im Grundbuch ohne Prüfung der Eintragungsunterlagen aufzustellen.

2. **RG. 60** 359. Im Gegensatz zur abgetretenen Eigentümerhypothek bleibt die verpfändete eine Eigentümerhypothek. Sie bleibt es auch in der Hand des Pfandnehmers und dieser hat in der ZwV. nicht mehr Rechte und den übrigen Beteiligten gegenüber keine andere rechtliche Stellung als der Verpfänder. Er kann daher keine Zinsen von der Eigentümerhypothek bei Verteilung des Erlöses liquidieren, auch dann nicht, wenn zwar die ZwVerw. neben der ZwV. bestand, es aber keine ZwVerwMasse gegeben hat (§ 1197 Abs. 2 BGB.).

3. **RG.** V. 155/05, Urteil v. 8. 7. 05. Sind an einer Hypothek zwei Gläubiger gleichheitlich berechtigt, und der eine davon tritt seinen Rang einem Nachhypothekar ab, so gebührt diesem Nachhypothekare jener Betrag, der auf den Zurückgetretenen getroffen hätte. Dieser Betrag kann wegen größerer Zinsrückstände höher sein als der des anderen nicht zurückgetretenen Teilhabers und es ist dann bei Unzulänglichkeit des Erlöses zur Vollbefriedigung beider Teilhaber nach Verhältnis zu berechnen, was dem Rangzessionare des einen Teilhabers und was dem nichtzurückgetretenen Teilhaber gebührt.

4. **RG.** V., Urteil v. 14. 10. 05 (zum Abdrucke bestimmt, teilweise abgedruckt JW. **05** 694/19) erklärt Anmeldung und Widerspruchsprozeß auch für (und gegen) eine noch nicht erzeugte Nachkommenschaft als möglich.

5. Berücksichtigung ohne Anmeldung s. zu § 37 Ziff. 2, § 45 Ziff. 2.

§ 115. 1. Biebinger, PfälzRpr. **2** 13, bespricht die Bedeutung des Verteilungsverfahrens nach ZVG. im Gegensatze zu dem strengeren nach BaySubhO. Nach §§ 105 ff. ZVG. hat das reichsgesetzliche Verteilungsverfahren keine rechtsbegründende und -zerstörende Wirkung insofern, als der von ihm wegen Nichtanmeldung oder Nichterhebung von Widerspruch Ausgeschlossene doch die Bereicherungsklage wegen seines besseren Rechtes erheben kann. AM. bei Unterlassung der Anmeldung s. JDR. **3** zu § 110, dafür nachfolgende Ziff. 2.

2. R. **05** 138 Nr. 641 (KG.). Auf § 115 ZVG. sind die §§ 872, 873 ZPO., durch welche die Geltendmachung einer im Verteilungsverfahren nicht angemeldeten Forderung auch außerhalb des Verteilungsverfahrens ausgeschlossen wird, nicht übertragbar. ➸ Nach ihrer Begründung scheint diese Entscheidung doch mehr nur die Unterlassung des Widerspruchs als unschädlich erklären zu wollen. Red. ⇜

3. PosMSchr. **05** 34, R. **05** 198 Nr. 902 (Marienwerder). Der dem Teilungsplane widersprechende Gläubiger hat nicht die Beschwerde aus § 793 ZPO., sondern nur die Klage. Ebenso zu § 112 Ziff. 3 und die Vorbemerkung JDR. **3** vor § 107. Ferner OLG. **10** 394 und **11** 325 (KG.). Vgl. dagegen die vom OLG. Dresden zugelassenen Beschwerdeverfahren zu § 48 Ziff. 5, § 52 Ziff. 4, § 91 Ziff. 5. PosMSchr. **05** 192 (Stettin) gestattet auch wegen Nichtaufnahme von Anwaltskosten nur Widerspruchsklage.

4. **RG. 60** 360 erklärt den Satz, daß bei der Verteilung des Versteigerungserlöses ein nachstehender Beteiligter nicht die Aktivlegitimation eines ihm vorgehenden Gläubigers bestreiten dürfe, für jedenfalls dann nicht anwendbar, wenn bei Wegfall des liquidierenden vorgehenden Gläubigers überhaupt kein Gläubiger an dieser Stelle vorhanden ist, der das fragliche Liquidat aufzustellen berechtigt wäre. ➸ Ob der obige Satz überhaupt in dieser Allgemeinheit gilt, läßt es dahingestellt, aber in einem späteren Urteile v. 13. 12. 05 (JW. **06** 63) hat ihn das RG. für den Fall, daß bei Wegfall des liquidieren-

den Gläubigers der Eigentümerhypothekar eintreten würde, ausdrücklich gebilligt, obschon dabei dieser weder liquidiert noch widersprochen hatte. Red. ← Vgl. § 37 Ziff. 2.

5. **RG.** V. 109/05, Urteil v. 18. 11. 05. Der Widerspruch im Verteilungsverfahren darf auch auf persönliche Ansprüche gestützt werden, die zwischen dem Liquidanten und dem Widersprechenden bestehen und eine Ausschließung oder Beschränkung der Geltendmachung der Hypothek dem Widersprechenden gegenüber zum Gegenstande haben, z. B. den Einwand, daß der vorgehende Hypothekgläubiger versprochen habe, dem Widersprechenden wegen seines Rangrücktritts einen gewissen Betrag aus der vorgehenden Hypothek zu bezahlen. Vgl. JW. **02** 170.

6. OLG. **11** 327 (Naumburg). Der Nachhypothekar A. kann einen Widerspruch gegen seinen Vormann B. aus § 826 BGB. nicht erheben, wenn diesem zwar vereinbarungswidrig unter Nichtberücksichtigung eines dem A. vom Zedenten C. gegebenen Vorrangsversprechens die Post zediert worden war, aber von dieser Zuwiderhandlung des C. gegen das Übereinkommen B. nichts gewußt hat.

7. OLG. **11** 120 (Karlsruhe) nimmt mit Jaeckel an, daß der Gegner des Widersprechenden diesem mit der Klage zuvorkommen könne.

8. Peiser, BuschsZ. **35** 268. Die Prüfung der Zuständigkeit für die Widerspruchsklage muß der Vollstreckungsrichter dem Prozeßgericht überlassen.

9. SächsOLG. **26** 374. Die gänzliche Aufhebung eines nur in einzelnen Stücken unrichtigen Verteilungsplans ist unstatthaft.

10. SeuffA. **60** Nr. 45 (Posen) erklärt den Einwand des Bekl., daß er nicht allein vom Widerspruchskl. hätte verklagt werden dürfen, für unzulässig.

11. Über Erlöspfändung und Aufrechnung § 107, über lückenhaften Teilungsplan § 80 und über Verteilungsstreit betr. Straßenanliegerkosten § 10 Ziff. 4.

12. *du Chesne, BayRpflZ. **05** 417 ff. Der vorgemerkte Löschungsanspruch des § 1179 BGB. ist nicht wie eine auflösende Bedingung der Eigentümergrundschuld zu behandeln, er erlischt vielmehr, wenn infolge des Zuschlags im Zwangsversteigerungsverfahren die Eigentümergrundschuld selbst erlischt. Der Berechtigte muß daher den Löschungsanspruch rechtzeitig durchführen oder die Eigentümergrundschuld bzw. den auf sie fallenden Versteigerungserlös pfänden. AA. ZBlFG. **5** 185 ff. (Dresden). Vgl. § 48 Ziff. 4, § 50 Ziff. 1.

§ 117. Biermann, BuschsZ. **35** 229, bespricht die Vollstreckung eines auf Zahlung an einen Dritten gehenden Schuldtitels, er betrachtet den, der den Schuldtitel erwirkt hat, als Gläubiger, aber (237) den Dritten als berechtigten Empfänger der Auszahlung aus dem Versteigerungserlöse.

§ 118. 1. Peiser, BuschsZ. **36** 273. Auch die Überweisung zur Einziehung berechtigt zur Übertragung der Forderung gegen den Ersteher auf den Überweisungsgläubiger. Dieser kann aber innerhalb der dreimonatigen Frist nach § 843 ZPO. und § 118 Abs. 2 ZVG. auf Überweisung und Übertragung verzichten. Vgl. zu § 107.

2. Mitübergang der Hypothekverpfändung s. § 128 Ziff. 1.

§ 119. Bedingte Rechte und Vormerkungen s. zu § 48.

§ 120. LG. Dresden, BuschsZ. **34** 350. Gläubiger A. und Gläubiger-Ersteher B. hatten bedingte Anweisungen auf die bestrittene Hypothek des A. Nach deren Anerkennung durch die Schuldnerin war dem A. zwar Vollstreckungsklausel gegen B. zu erteilen, aber mit der Beschränkung, daß der beizutreibende Betrag für A. und B. zu hinterlegen sei.

§ 122. Schwierigkeiten bei Gesamthypotheken s. § 64 Ziff. 1.

§ 125. 1. Boethke, GruchotsBeitr. **49** 162, neigt sich gegen die jetzige Ansicht Jaeckels zu der Meinung, daß nach § 125 Abs. 2 in jedem Falle nur die

nächst ausfallenden Gläubiger zu hören sind und nur ihnen eventuell die Ersatzforderung zuzuteilen ist.

2. Altpreußische Hypothekvormerkungen s. zu § 50 Ziff. 3.

§ 126. ZBlFG. 5 843 (Dresden). Wird der Brief nicht vorgelegt, so sind die §§ 1160 Abs. 3, 1159 BGB. nicht anwendbar, auch Zinsen einer bestehen bleibenden Hypothek können dann nicht ausbezahlt werden.

§ 128. 1. **RG. 60** 221. Eine im Grundbuche nicht ersichtliche Hypothekverpfändung braucht auf die Sicherungshypothek des § 128 nicht von Amts wegen übertragen zu werden, aber sie geht trotz des § 873 BGB. von selbst auf sie mit über und geht daher der späteren Pfändung der Sicherungshypothek vor. Ob der Vollstreckungsrichter auf Antrag verpflichtet gewesen wäre, die Verpfändung eintragen zu lassen, bleibt dahingestellt, da solcher Antrag nicht vorlag. ➵ Hierdurch wurde das JDR. 3 § 128 Ziff. 2 erwähnte Urteil des OLG. Breslau im wesentlichen bestätigt. Red. ⇠

2. Auch für die Sicherungshypothek des § 128 besteht die Löschungsvormerkung fort; s. § 48 Ziff. 7.

§ 130. 1. HansGZ. **05** Beibl. 238 (Hamburg). Die Vereinbarung des Hypothekgläubigers mit dem Ersteher, daß die Hypothek vorläufig stehen bleiben, an einem bestimmten Tage aber ausbezahlt werden solle, wirkt unter den Vertragschließenden unbedingt d. h. (z. B.) ohne Rücksicht auf die dem Posten im Grundbuch angehängte Klausel, daß im Falle der Nichtzahlung zunächst aus dem Grundstücke Befriedigung zu suchen sei. Daran wird auch dadurch nichts geändert, daß die Parteien dem Versteigerungsrichter das Stehenbleiben des Postens anzeigen, ohne der Außerkraftsetzung jener Subsidiaritätsklausel Erwähnung zu tun. Diese Außerkraftsetzung würde auch nur dem Grundbuchrichter anzuzeigen gewesen sein. Der Versteigerungsrichter wäre überhaupt nicht zuständig gewesen, seinerseits Anträge auf Änderungen des Inhalts des bestehenden Rechtes zu berücksichtigen. Er hat auch nur Interesse an der Erklärung, daß die Hypothek stehen bleiben, daher aus dem Erlöse nicht bezahlt werden soll. (Erwähnt auch R. **05** 650 Nr. 2716).

2. **RG. 60** 55. Durch Löschung der Vorhypotheken rücken nachfolgende bestehen bleibende Rechte im Range vor. Vgl. auch § 82 Ziff. 1.

3. **RG.** JW. **06** 71. Der Grundbuchrichter ist verpflichtet, Hypothekbestellungen des Erstehers bis zum Eingehen des Ersuchschreibens des Vollstreckungsgerichts liegen zu lassen. Abweichend ElsLothNotZ. **05** 235 (Colmar), teilweise auch JDR. **3** § 130 Ziff. 3.

4. Keine Eigentümerhypothek des Erstehers s. § 91 Ziff. 5; Beschwerderecht des Versteigerungsrichters s. § 19 Ziff. 1 u. 2.

§ 132. Beschränkte Vollstreckbarkeit s. § 120.

Dritter Titel. Zwangsverwaltung.

§ 146. 1. LG. Leipzig, ZBlFG. **6** 217, hält Einleitung der ZwVerw. im Wege einstweiliger Verfügung für unzulässig. AM. Peiser bei Kritik des Kommentars v. d. Pfordten, BuschsZ. **35** 274. Vgl. JDR. **3** Vorb. vor § 146.

2. SächsOLG. **26** 383 erklärte die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung auf Zwangsverwaltung eines Grundstücks wegen Gefährdung eines Hypothekgläubigers durch Mietzinsabtretungen gemäß § 1124 BGB. für zulässig, obschon gegen den Eigentümer des Grundstücks schon der Konkurs eröffnet war.

3. ZwVerw. bei Nießbrauch s. zu § 148 Ziff. 3, Grundstücke ohne Grundbuchblatt s. § 1 EG. Ziff. 2.

§ 148. 1. Die JDR. **3** § 148 Ziff. 1 erwähnte reichsgerichtliche Entscheidung, wonach eine gemäß § 865 Abs. 2 ZPO. verbotene Fahrnis- und Miet-

zinspfändung nicht nur gegenüber dem betreibenden Gläubiger, sondern allgemein und völlig nichtig ist, findet sich nun abgedruckt GruchotsBeitr. **49** 1066, teilweise auch JW. **05** 89/38.

2. PosMSchr. **05** 107 (Posen). Blumen in Töpfen auf einem Gärtnereigrundstück können zwar für die Hypothek haften, wenn sie Gutserzeugnisse sind, aber solange sie nicht tatsächlich mittels ZwVerw. als Gegenstände der Immobiliarmasse in Anspruch genommen sind, unterliegen sie nach § 865 Abs. 2 ZPO. der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

3. OLG. **11** 134, R. **05** 596 Nr. 2499 (KG.). Auch wenn ein der Forderung des betreibenden Gläubigers vorgehendes Nießbrauchsrecht besteht, ist die ZwVerw. ulässig, da der rechtliche Charakter der Befugnisse und Pflichten des ZwVerwalters und der des Nießbrauchers ganz verschieden ist. Die Wirkung einer derartigen ZwVerw. ist allerdings beschränkt. Der ZwVerwalter muß die Rechte des Nießbrauchers wahren und kann z. B. nicht unmittelbaren Besitz und Nutzung, sondern nur mittelbaren Besitz erlangen. Vgl. JDR. **3** § 152 Ziff. 3.

4. SächsA. **15** 527, R. **05** 593 Nr. 2422 (Dresden). Die Beschlagnahme des Grundstücks bei Anordnung der ZwVerw. umfaßt auch die (von der Hypothek ergriffenen) Mietzinsforderungen. Vorausverfügungen des Schuldners über die Mietzinse verlieren daher, soweit sie sich auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das nächste Kalendervierteljahr beziehen, von da ab ihre Wirksamkeit. Mit dem Augenblicke, wo die Aufhebung der ZwVollstreckung erfolgt, werden die Mietzinseinkünfte jedoch wieder frei und es treten die Verfügungen des Schuldners von selbst wieder in Kraft (z. B. auch die Verpfändungen).

5. BraunschwZ. **05** 108 (Braunschweig). Der Hypothekgläubiger kann im Konkurse des Grundstückseigentümers nur auf dem durch das ZVG. (§ 148) vorgezeichneten Wege sein Absonderungsrecht an den Mieten geltend machen.

6. Steiner, BayRpflZ. **05** 163. Für den Fall des Konkurses kommt als Beschlagnahme nur die zugunsten des Absonderungsberechtigten (oder Massegläubigers), nicht diejenige des Konkursverwalters selbst (§§ 172, 173) in Betracht. Zur Konkursmasse gehören, wenn die Konkurseröffnung der Beschlagnahme vorausgeht, die 2 vierteljährigen Miet- und Pachtzinse des § 1124 Abs. 2 BGB., soweit nicht ein gültiges Pfändungspfandrecht hieran vor der Konkurseröffnung entstanden ist. Vgl. u. § 15 EG.

7. Vgl. über Mietzinsrechte des Erstehers § 57 Ziff. 3 u. 4, über gefällte Waldbäume § 21 Ziff. 2.

§ 151. Goßlich, ZBlFG. 5 734, R. **05** 385 Nr. 66, bekämpft die Fassung des Preußischen Formulars für das Zahlungsverbot an den Drittschuldner nach § 151 Abs. 3 als zu kurz und als irreführend. Er verlangt Aufnahme der Ausnahmen in §§ 20 Abs. 2, 22 Abs. 2 ZVG. mit §§ 1123, 1124 BGB. und Hinweis auf die bedingte Hinterlegungsmöglichkeit des § 372 BGB. in das Formular.

§ 152. 1. BraunschwZ. **05** 155 (Braunschweig). Der Verwalter ist an den Mietvertrag in gleichem Maße gebunden, wie der Schuldner-Vermieter. Für Dritte hat diese Vorschrift keine Bedeutung; sie können Dispositionen des Verwalters nicht anders widersprechen, wie solchen des Vermieters selbst. Daher kann der Verwalter eine Mietzinspfändung durch Kündigung oder Aufnahme eines anderen Mieters in den Vertrag für die Zukunft hinfällig machen.

2. R. **05** 650 Nr. 2717 (Braunschweig). Der Zwangsverwalter ist zur Anfechtung von Rechtshandlungen wegen Verkürzung der Gläubiger nicht berechtigt. — Das scheinbar abweichende (JDR. **2** § 152 Ziff. 2 erwähnte) U. des LG. I Berlin (s. auch R. **01** 76) betrifft wohl einen anderen Fall. Vgl. aber auch § 21 Ziff. 3.

§ 155. Vgl. über Zinsen aus Eigentümerhypotheken § 114 Ziff. 2, über Verteilung der Nutzungen § 157.

§ 157. 1. *Landauer, ZBlFG. **5** 513. Maßgebend für die Teilnahme eines Berechtigten an den Einkünften der ZwVerw. ist der Umstand, daß sein Anspruch während der Dauer des Verfahrens fällig wird. Fälligkeit eines Anspruchs wird, abgesehen von dem aus dem Grundbuch oder der Eintragsbewilligung ersichtlichen Termin, auch durch den Zuschlag des Grundstücks in der ZwV. bewirkt. Durch den Zuschlag werden auch für das ZwVerwVerfahren sämtliche Hypothekzinsen fällig. Es empfiehlt sich, die gerichtlichen Anweisungen zur Ausführung des Teilungsplans von Fall zu Fall für die einzelnen Auszahlungen zu erteilen. S. auch zu § 161.

2. Eigentümerhypothekzinsen s. § 114 Ziff. 2.

§ 161. 1. Landauer, ZBlFG. **5** 513 gelangt 525 zu folgenden Schlußsätzen außer den zu § 157 Ziff. 2 angegebenen: a) Nicht nur der Zuschlag, sondern auch die Tatsache einer eingetretenen Befriedigung im Versteigerungsverfahren ist von Amts wegen im ZwVerwVerfahren zu berücksichtigen. b) Eine allgemeine Regel über die Zeitfolge bei beiden Teilungsverfahren kann nicht gegeben werden. Die Wirkungen der Zufälligkeit in der Zeitfolge müssen vom Verteilungsrichter hingenommen, können dagegen von den Beteiligten durch rechtzeitige Erklärung (Verzicht auf Befriedigung aus einem der beiden Verfahren) beeinflußt werden.

2. OLG. **11** 328 (Königsberg). Der ZwVerwalter ist nach, wenn auch nur tatsächlich, aufgehobener ZwVerw. für Klagen auf Herausgabe von Gegenständen in der Regel nicht mehr passiv legitimiert. Gegen JW. **02** 318. Vgl. auch Vorb. JDR. **3** vor § 146.

Dritter Abschnitt. Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in besonderen Fällen.

§ 172. 1. LG. Düsseldorf, DJZ. **05** 1072. Für die ZwV. eines zur Masse gehörigen Grundstücks auf Betreiben eines Absonderungsberechtigten hat die Vollstreckungsklausel gegen den Konkursverwalter, nicht gegen den Gemeinschuldner zu lauten.

2. Betrieb der ZwV. nach erfolgreicher Anfechtung im Konkurs s. § 17 Ziff. 1 und über die der Konkursmasse gebührenden Miet- und Pachtzinse s. § 148 Ziff. 5 u. 6.

§ 174. Freund, ZBlFG. **5** 507, schließt sich Meyers vermittelnder Ansicht an, daß dem Gläubiger, der das Ausgebot unter der von der gesetzlichen abweichenden Versteigerungsbedingung beantragt hat, das Wahlrecht hinsichtlich der beiden Ergebnisse zustehen soll; s. JDR. **3** § 174 Ziff. 1.

§ 175. 1. HansGZ. **05** Beibl. 108 (Hamburg). Hat ein Nachlaßgläubiger schon vor Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Einleitung der ZwV. gegen das Nachlaßgrundstück erwirkt, so tritt gleichwohl, soweit ihm nicht ein eingetragenes dingliches Recht zur Seite steht, der § 221 KO. gegen ihn in Kraft und fällt somit der Erlösüberschuß der ZwV. nicht ihm als Beschlagnahmegläubiger, sondern der Konkursmasse zu.

2. Widerruf des Testamentsvollstreckers s. § 29 Ziff. 3, Fristabkürzung s. § 43.

§ 180. 1. **RG. 60** 306. Nach badischem Rechte war Miteigentum zu Bruchteilen ein durch Art. 883 BadLR. hinsichtlich der Hypothekbelastung der Anteile beschränktes condominium pro indiviso (nicht aber Miteigentum zur gesamten Hand). Die auf dem Anteil eines Miteigentümers eingetragene Hypo-

thek wurde jedoch mit Einführung des neuen Rechtes gemäß Artt. 173, 181 Abs. 1 EGBGB. auch für den Fall der Teilung und Teilungssubhastation rechtsbeständig.

2. SeuffBl. 05 647 (München) erklärt die ZwV. zur Auseinandersetzung einer Alpengenossenschaft bayerischen Rechtes für unzulässig, weil Aufhebung der Gemeinschaft vom einzelnen Teilhaber nicht begehrt werden könne.

3. FrankfRundsch. 38 272 (Frankfurt). Bei der Erbengemeinschaft mit Nutznießungsrecht der Mutter nach Frankfurter Statutarrecht ist die ZwV. zum Zwecke der Auseinandersetzung über eine zur Gemeinschaft gehörige Liegenschaft nur bei Zustimmung aller Beteiligten zulässig.

4. PosMSchr. 05 192, R. 06 313 (Stettin). Die Überschußverteilung ist nicht Sache des Versteigerungsrichters, sondern regelt sich nach §§ 752 BGB.

§ 181. 1. RJA. 6 9, R. 05 509, ZBlFG. 6 267, KGJ. 30 A 18 (KG.). Die nach Abs. 2 Satz 2 notwendige Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Antrage des Vormundes auf Teilungsversteigerung kann nachträglich wieder zurückgenommen werden. Als Dritte, deren Rechte etwa dadurch im Sinne des § 55 Abs. 1 FGG. geschädigt werden könnten, vermögen weder das Vollstreckungsgericht, noch der andere Miteigentümer, noch die am Verfahren Beteiligten betrachtet zu werden, solange wenigstens es zur Versteigerung des Grundstücks noch nicht gekommen ist.

2. OLG. 11 329 (Colmar). Ein Gläubiger, der den Anteil eines Miteigentümers an einem Grundstücke hat pfänden und sich überweisen lassen, braucht zur Begründung seines Antrags, dasselbe zur Aufhebung der Gemeinschaft zur ZwV. zu bringen, nicht nachzuweisen, daß er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

§ 182. 1. RG. 27. 3. 05. Wurde die nach PrZVG. § 185 an sich nicht gesetzliche Bedingung aufgestellt, daß die Hypotheken gelöscht werden müssen, so war die Zustimmung sämtlicher Beteiligter notwendig. Diese konnte aber auch stillschweigend durch Unterlassung der Beschwerde gegen den Zuschlagebeschluß geschehen. Der Ersteher konnte demnach später die ehemaligen Miteigentümer auf Herbeiführung der Löschung verklagen. ➺ Auch nach §§ 182, 59 ZVG. wird eine derartige Bedingung mit Zustimmung aller Beteiligter zulässig, angesichts der bestrittenen Bestimmungen des § 182 vielleicht bisweilen sogar empfehlenswert sein, dann aber wird gemäß § 130 die Löschung von Amts wegen zu erfolgen haben. Red. ⇐

2. LG. Tilsit, PosMSchr. 05 76. Der Anteil des A war mit 1500 M., der Anteil des betreibenden B mit 600 M., gesonderter Hypothek, belastet. Das Amtsgericht stellte die 1500 M. und 600 M. als bestehen bleibende Rechte und außerdem im Bargebot eine Ausgleichssumme von 900 M. auf. Da sich kein entsprechendes Gebot ergab, wurde das Verfahren eingestellt. Das LG. hielt die Beschwerde des A hingegen für zulässig und teilweise begründet und ordnete an, daß das Verfahren wieder aufzunehmen sei, nur die 600 M. auf B bestehen zu bleiben haben, die 1500 M. nicht zu beachten und 600 M. als Ausgleichungsbetrag in das Bargebot aufzunehmen seien.

§ 184. Über Sicherheitsleistung s. zu § 67.

Einführungsgesetz zu dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung.

Vom 24. März 1897.

Literatur: v. d. Pfordten, Ausführungsgesetz und Ausführungsvorschriften in Bayern (München 1905).

§ 1. 1. Kober, SeuffBl. **05** 258, bespricht die Einführung des ZVG. in Bayern und seine Hauptunterschiede von der BaySubhO.

2. Peiser, BuschsZ. **35** 275. Ist das Grundbuch in einem Bezirk als angelegt anzusehen, so ist nach Art. 186 Abs. 2 EGBGB. die Anlegung auch für solche zu dem Bezirke gehörende Grundstücke, die noch keine Stelle im Grundbuche haben, als erfolgt zu betrachten. Eine andere, nach § 17 ZVG. zu verneinende Frage ist, ob im Einzelfalle die ZwV. oder ZwVerw. des Grundstücks erfolgen kann, das kein Blatt im Grundbuche hat. ➵ Unbeschadet der nach § 2 zulässigen landesgesetzlichen Ausnahmen. Red. ⇠

§ 2. LG. Graudenz, PosMSchr. **05** 35. Die öffentlich-rechtliche Anerbengutseigenschaft eines Rentenguts wird durch die ZwV. in Preußen nicht beseitigt, auch dann nicht, wenn keine Versteigerungsbedingung ihr Bestehenbleiben bestimmt.

§ 9. 1. RheinA. **102** I 56 (Köln) stellt rheinpreußische, auf Überlassungsvertrag beruhende Wohnungsrechte den im § 9 EGZVG. u. Art. 6 Abs. 2 Pr. AGZVG. aufgeführten Rechten gleich.

2. Weegmann, WürttZ. **05** 327. Die württembergische statutarische Nutznießung der Eltern bleibt nicht kraft des Gesetzes bestehen, wenn sie nicht in das geringste Gebot aufgenommen ist. Dagegen ist der Umstand, daß die Nutznießung im Grundbuche nicht eingetragen ist, kein Hinderungsgrund, sie ins geringste Gebot aufzunehmen (sofern sie nur vor Beschlagnahme begründet wurde), da ihr auch ohne Eintragung Wirkung gegen Dritte zukommt.

3. Vgl. über Ausbieten mit und ohne Reallast § 63 Ziff. 3 ZVG., über Fortbestehen eines Altenteils § 82 Ziff. 1 das.

§ 13. 1. Dietz, BadRpr. **05** 302, beklagt die in Baden, aber auch sonst bestehende Zersplitterung der in ZwV.- und GBSachen beteiligten Behörden.

2. Carlebach und Weyl, BadNotZ. **05** 6 u. 22, handeln von der Befugnis badischer Notare zur Annahme von Geldern, bes. in ZwVSachen, sind aber über weitere Ausdehnung dieses Rechtes nicht im Einklange.

3. Merzbacher, BayRpflZ. **05** 274, erörtert die Gebühren in der ZwV. und ZwVerw. in Bayern.

4. v. d. Pfordten, BayRpflZ. **05** 209, R. **05** 386 Nr. 70. a) Unter einer „Entscheidung“ im Sinne des § 13 Abs. 2 ist eine die Entscheidung über den Zuschlag nicht unmittelbar beeinflussende Verfügung zu verstehen, nicht aber eine der in einem Zuge sich abspielenden, auf ein Ziel hindrängenden Handlungen im Versteigerungstermine. Solche können mit aufschiebender Wirkung nicht angegriffen, sondern nur später mittels Beschwerde gegen den Zuschlagsbeschluß angefochten werden. — b) Der Notar darf die ZwV. nur einstellen und wieder fortsetzen, aber nicht aufheben, beim zweiten Einstellungsantrage des Gläubigers muß er daher die Akten dem Vollstreckungsgerichte zur Aufhebung des Verfahrens vorlegen. Auch die einstweilige Einstellung im Falle des § 28 ZVG. dürfte dem Notar nicht zustehen. — c) Zweifelhaft ist es, ob der Notar den Zuschlag versagen kann, wenn dies nach § 86 ZVG. wie Aufhebung des Verfahrens wirkt. Überwiegende praktische Gründe dürften dafür sprechen.

5. ElsLothZ. **05** 498 (Colmar). a) Ein Notar, gegen welchen Gebühren persönlich eingewiesen sind, hat hiergegen ein Erinnerungs- und Beschwerderecht. — b) Der Notar nimmt im ZwV.- und Teilungsverfahren die Stellung eines delegierten Vollstreckungsrichters ein. Durch Verletzung dieses Rechtssatzes entstandene Gebühren sind niederzuschlagen.

6. Zustellungsvertreter ernennt der Notar, s. zu § 6 Ziff. 1 ZVG.; öffentl. Zustellung s. § 3 das.

§ 15. 1. Meyer, SeuffBl. **05** 719, legt dem § 15 auch materiellrechtliche Bedeutung bei, ebenso LG. München I, BayRpflZ. **05** 456.

2. Steiner, BayRpflZ. **05** 164. Die Veränderung des Inhalts von Hypotheken (durch inzwischen eingetretene Grundbuchsanlegung) kann das noch nach altem Rechte zu erledigende ZwVVerfahren nicht beeinflussen, namentlich auch nicht hinsichtlich einer Zuziehung der Miet- und Pachtzinse zur Immobiliarmasse im weiteren Umfang, als das BGB. gestattet. Der Wegfall der ersten altrechtlichen bayerischen Beschlagnahme macht die weitere Beschlagnahme auch nicht zu einer Beschlagnahme des inzwischen eingeführten neuen Rechtes und ändert nicht wesentlich, wenn auch zeitlich, die Zugehörung jener Zinse zur Immobiliarmasse. Vgl. o. zu § 148 Ziff. 6. Ähnlich Koch, BayRpflZ. **05** 426.

Konkursordnung.

Literatur: Freudenthal, Rechtshilfe im Konkurse von Berufsgenossenschaftsmitgliedern, R. **05** 526. — Friedländer, Die Konkursordnung v. 25. 12. 68 (6). Wien. — Heilfron und Pick, Lehrbuch des Konkursrechts. Berlin 1905. — Hellmann, Das Konkursrecht der Reichsstadt Augsburg. Breslau 1905. — Koch, Gehört eine nach Konkurseröffnung entstandene Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners zur Konkursmasse? BayRpflZ. **05** 457. — Königsberger, Ist das Recht der statutarischen Nutznießung pfändbar und gehört es zur Konkursmasse? WürttZ. **05** 353. — Leemann, Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. 4. 89. Zürich. — Olshausen, Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich, einschl. der Bestimmungen der KO. (7). Berlin 1905. — Saucke, Die Forderungen der Berufsgenossenschaften im Konkurse, JW. **05** 278. — Schmidt, Kann dem Konkursverwalter die Benutzung gemeindlicher Anstalten für die Masse gesperrt werden, bis er die Abgabenrückstände des Gemeinschuldners deckt? BayRpflZ. **05** 428. — Steinbach, Kommentar zu den Gesetzen v. 16. 3. 84 über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen und über die Abänderungen einiger Bestimmungen der KO. u. des Exekutionsverf. (3). Wien 1905.

Erstes Buch. Konkursrecht.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 1. 1. *Königsberger, WürttZ. **05** 353. Die (durch Art. 262 Württ. AGBGB. aufrechterhaltene) statutarische Nutznießung (Beisitzrecht) des früheren württembergischen Rechtes — d. i. das lebenslängliche Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten am sog. hinterfälligen Vermögen der gemeinschaftlichen Kinder und gewisser anderer Miterben — fällt an sich unter die Bestimmung des § 857 Abs. 3 ZPO. Doch rechtfertigt die innere Verwandtschaft dieses Rechtes mit dem elterlichen Nutznießungsrechte des BGB., welch letzteres nach § 862 ZPO. unpfändbar ist, und die rechtsreformatorische Tendenz des § 862 dessen analoge Anwendung. Hiernach ist die statutarische Nutznießung insoweit unpfändbar, als sie an dem Vermögen gewaltunterworfener Kinder besteht, im übrigen aber pfändbar. Gleiches gilt im Ergebnisse von der nach 1. 1. 00 durch Ehe- und Erbvertrag begründeten lebenslänglichen Nutznießung, obwohl dieses Recht von der statutarischen Nutznießung ganz verschieden, nämlich ein Vermächtnis ist.

2. *Weegmann, WürttZ. 05 234. Das dem überlebenden Ehegatten nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes der württembergischen landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor 1. 1. 00 in Württemberg geschlossenen Vertrags zustehende statutarische Nutznießungsrecht gehört auch jetzt noch nach Maßgabe der früheren KO. § 1 zur Konkursmasse.

3. SächsA. 15 728 (Dresden). Die Forderung auf Gewährung eines versprochenen Darlehns ist nicht übertragbar und nicht pfändbar und gehört demnach nicht zur Masse.

4. SächsOLG. 26 273. Ist ein Lebensversicherungsvertrag zugunsten der gesetzlichen Erben abgeschlossen worden, ohne daß individuell bezeichnete Personen als die Begünstigten aufgeführt werden, kann in der Regel ein Vertrag zugunsten Dritter nicht als abgeschlossen angesehen, sondern muß angenommen werden, der Versicherungsnehmer habe durch die Wahl jener allgemeinen Bezeichnung zum Ausdruck bringen wollen, daß die Versicherungssumme und der Anspruch auf sie einen Teil seines Nachlasses bilden solle.

5. OLG. 11 355 (Hamburg). Die Eröffnung des Konkurses hat auf Prozesse gegen den Gemeinschuldner wegen unberechtigter Titelführung keinen Einfluß. Zwar mag die Frage, ob der Gemeinschuldner den von ihm beanspruchten Titel führen darf, insofern von wirtschaftlicher Bedeutung sein, als dadurch sein Erwerb günstig beeinflußt werden kann; da jedoch das Ergebnis seiner persönlichen nach der Konkurseröffnung ausgeübten Tätigkeit nicht in die Konkursmasse fällt, so wird durch den Ausgang des Prozesses der Bestand der Konkursmasse oder ihre Verwertbarkeit in keiner Weise berührt.

6. **RG. 59** 252. Das Recht des Gewerken, sich durch Hingabe des Kuxes von seiner Zubußepflicht zu befreien, wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß über das Vermögen der Gewerkschaft der Konkurs eröffnet ist, der Konkursverwalter das Bergwerk an einen Dritten veräußert hat, und infolgedessen der Kux unverwertbar geworden ist. Von einem mit der Konkurseröffnung verbundenen Untergange der Kuxberechtigung kann nicht die Rede sein. Die Konkursmasse bildet für die Kuxberechtigung das Substrat. An dieser Rechtslage wird nichts dadurch geändert, daß der Konkursverwalter im Laufe des Konkurses zum Zwecke der Gewinnung einer Verteilungsmasse das Bergwerk an einen Dritten veräußert.

7. SächsOVG. 2 184. Eine zur Masse gezogene Rente bildet nicht steuerpflichtiges Einkommen des Gemeinschuldners, weil diesem die Benutzung dieser Einkommensquelle kraft Gesetzes entzogen ist. Konkursmassen sind in Sachsen nicht einkommensteuerpflichtig.

§ 4. OLG. 10 189, R. 05 255 Nr. 1181 (Stettin). Der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung ist, bevor deswegen geklagt wird, dem Verwalter gegenüber geltend zu machen. Dem Verwalter muß Gelegenheit gegeben werden, den Anspruch zu prüfen und sich über seine Anerkennung schlüssig zu machen. Dem Verwalter können Prozeßkosten nicht auferlegt werden, wenn er den geltend gemachten Anspruch sofort anerkennt und das Erforderliche tut, damit der Berechtigte sich aus dem Gegenstande seines Absonderungsrechts befriedigen kann (arg. § 11 Abs. 2 KO.).

§ 6. 1. Rechtsstellung des Verwalters. a) **RG. 60** 107, JW. 05 181, SchlHolstAnz. 05 137, R. 05 255 Nr. 1180. Der Konkursverwalter kann Gegenstände, aus denen nach seinem pflichtmäßigen Ermessen ein Reinertrag für die Masse nicht zu erwarten ist, namentlich Grundstücke, an denen Absonderungsrechte bestehen, dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassen. Mit einer derartigen Freigabe hört der Gegenstand auch rechtlich auf, zu der Konkursmasse zu gehören. Die auf Freigabe eines Gegenstandes aus der Masse gerichtete

Handlung des Konkursverwalters kann jedenfalls dann nicht widerrufen werden, wenn der Gemeinschuldner den Gegenstand inzwischen veräußert und den Erlös eingezogen hat. — **b)** OLG. **11** 360 (Hamburg). Der Verwalter als solcher ist kein Kaufmann, auch wenn er Geschäfte eines Gemeinschuldners, der Kaufmann war, abwickelt. — Ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, welches bei der Konkurseröffnung zugunsten des Gemeinschuldners begründet war, fällt nicht mit der Konkurseröffnung weg, sondern kann trotz fehlender Kaufmannseigenschaft des Verwalters auch von diesem dem Gläubiger gegenüber geltend gemacht werden. — **c)** **RG.** SächsA. **15** 201. Es liegt nicht außerhalb des Machtbereichs des Konkursverwalters, im Vergleichswege über einen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand dahin zu verfügen, daß der daraus zu ziehende Erlös einem klagenden Gläubiger, soweit er zur Befriedigung des Anspruchs desselben erforderlich, zufallen soll. — **d)** OLG. **10** 66 (KG.). Eine vom Verwalter erteilte Vollmacht ist nicht über die Beendigung des Konkurses hinaus wirksam. Das Verfügungsrecht des Konkursverwalters hört mit der Aufhebung des Konkurses auf. Ist zu der Zeit, zu welcher der zur Vornahme der Verfügung Bevollmächtigte den Verfügungsakt ausführen will, der Machtgeber selbst nicht mehr verfügungsberechtigt, so ist es auch nicht der ihn vertretende Bevollmächtigte. — **e)** Josef, DJZ. **05** 1097. Die Bestimmung des § 240 ZPO. gilt auch für das sog. echte Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der vom Gemeinschuldner verfolgte Anspruch ist nach Eröffnung des Verfahrens vom Konkursverwalter geltend zu machen. — **f)** **RG.** JW. **05** 30 Nr. 47. Der Konkursverwalter einer GenmbH. kann den Anspruch gegen einen Genossen auf die im Nachschußverfahren zu leistenden Beiträge nicht an einen Dritten abtreten. — **g)** *Goldschmidt, Die Nachlaßpflegschaft. Der Konkursverwalter ist ein Verwalter eines selbständigen Sondervermögens. — Näheres Ziff. 1 zu § 1960 BGB. — **h)** ZBl. FG. **6** 310 Nr. 320 (KG.). Die Löschung einer für den Gemeinschuldner eingetragenen Briefhypothek auf Grund einer von ihm vor der Konkurseröffnung erteilten Abtretungserklärung, sowie der Quittung und Löschungsbewilligung des neuen Gläubigers kann nicht ohne Einwilligung des Konkursverwalters erfolgen, sofern nicht nachgewiesen wird, daß der neue Gläubiger die Hypothek vor der Konkurseröffnung oder nachher ohne Kenntnis von ihr erworben hat. — **i)** **RG.** JDR. **3** Note 1c zu § 6, s. auch **RG. 59** 85.

2. Rechtsstellung des Gemeinschuldners. OLG. **10** 190 (Colmar). Der Gemeinschuldner bleibt zu solchen Handlungen befugt, die erst nach Aufhebung des Konkurses Wirksamkeit äußern sollen. Ein Abkommen, durch das der Gemeinschuldner die Verpflichtung zu einer nach dem Zustandekommen des Zwangsvergleichs vorzunehmenden Verpfändung übernimmt, ist gültig, da es für die Zeit nach Beendigung des Konkurses über das dem Gemeinschuldner alsdann gehörige Vermögen getroffen wird. Darin liegt weder eine Verfügung über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, noch beeinträchtigt es die Rechte der Konkursgläubiger.

§ 7. 1. **RG. 59** 53. Jede rechtlich erhebliche Handlung des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung, nicht bloß jede Verfügung desselben, ist zu Lasten der Konkursmasse unwirksam. Ansprüche auf Vertragsstrafen wegen Zuwiderhandlungen gegen ein Konkurrenzverbot, die der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, können nicht als Konkursforderungen geltend gemacht werden.

2. Über Abtretung einer für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypothek KGJ. **30** A266, s. o. § 1154 Ziff. 3 BGB.

§ 10. 1. **a)** OLG. **10** 191 (Hamburg). Wenn auch der § 10 regelmäßig nur auf solche Fälle Anwendung findet, in denen der Gemeinschuldner Kläger ist, so ist

doch mit dem **RG. 45** 376, **11** 400 davon auszugehen, daß die Parteirolle nicht stets ausschließlich maßgebend ist, sondern daß es darauf ankommt, ob nach der Prozeßlage ein Anspruch in Frage steht, der eventuell ein Aktivum der Masse sein würde und also im Sinne des § 10 als zur Konkursmasse gehörig zu erachten wäre. Dieser Fall liegt dann vor, wenn auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren, aber im Zeitpunkte der Konkurseröffnung noch nicht rechtskräftigen Urteils die Urteilssumme bereits eingezogen war, da alsdann noch nicht feststeht, ob dem Kläger der eingezogene Betrag zu verbleiben hat oder ob dieser Betrag im Falle einer erfolgreichen Berufung zurückerstattet werden muß. — **b**) *Hering, JW. **05** 130 (gegen Kurlbaum in der Note das. und **RG. 16** 360). Der Konkursverwalter kann in dem Rechtsstreite des in Konkurs geratenen Beklagten, welcher vor der Konkurseröffnung gegen den Kläger ein Versäumnisurteil auf Klagabweisung und Kostenersatz erwirkt hat, durch Aufnahme des Verfahrens gegen den Kläger die Einspruchsfrist in Lauf setzen und nach deren Ablauf Rechtskraftsbescheinigung für das Versäumnisurteil verlangen. Denn der Rechtsstreit ist wegen des Kostenersatzanspruchs des beklagten Gemeinschuldners im Sinne des § 10 KO. für den letzteren anhängig. Gegen Kurlbaum ist zu bemerken, daß seine Einwendungen die a. a. O. mitgeteilte Entscheidung nicht treffen. Diese behandelt nur den Fall, daß dem Gerichte (z. B. wegen Ausbleibens des Klägers) nur der Antrag des Beklagten auf Klagabweisung und Kostenersatz zur Entscheidung unterstellt wird, und spricht für diesen Fall aus, daß das Gericht den Antrag des Beklagten nicht aus dem Grunde zurückweisen darf, weil die Aufnahme des Verfahrens durch den Konkursverwalter unzulässig sei. Die Frage, wie zu entscheiden sei, wenn der Kläger auftritt und eine Entscheidung in der Hauptsache begehrt, behandelt die Entscheidung nicht; sie steht daher auch mit **RG. 16** 358 ff. nicht in einem unlösbaren Widerspruch.

2. OLG. **11** 357 (Hamburg). Durch den Gemeinschuldner kann die Aufnahme eines gegen ihn gerichteten, durch den Konkurs unterbrochenen Verfahrens auch dann nicht erfolgen, wenn der Gläubiger die Anmeldung seiner Forderung unterlassen hat. Die Anmeldung könnte jederzeit nachgeholt werden. Möglicherweise würde der Prozeß, was dahingestellt bleibt, vom Gemeinschuldner ebenso wie vom Gläubiger ohne Rücksicht auf das schwebende Konkursverfahren fortgesetzt werden können, falls der Gläubiger auf anteilsmäßige Befriedigung aus der Masse verzichtet hätte (vgl. **RG. 29** 74).

§ 11. 1. **a**) OLG. **10** 192 (Posen). Hat zu einem Rechtsstreite, der gegen den späteren Gemeinschuldner erhoben, durch die Konkurseröffnung unterbrochen und sodann gegen den Konkursverwalter aufgenommen war, der Gemeinschuldner keine Veranlassung gegeben, so treffen den Kläger schon nach § 93 ZPO. die Kosten, falls der Verwalter sofort anerkennt und die Aufnahme des Rechtsstreits ihm gegenüber durch sein Verhalten nicht geboten war. — **b**) OLG. **10** 189 (Stettin). Die Kosten einer gegen den Konkursverwalter angestrengten Pfandklage können dem Verwalter nicht auferlegt werden, wenn er den geltend gemachten Anspruch sofort anerkennt und das Erforderliche tut, damit der Berechtigte sich aus dem Gegenstande seines Absonderungsrechts befriedigen kann.

2. OLG. **10** 193 (KG.). Durch die Bestimmung im § 11 Abs. 2 soll nicht etwa angeordnet werden, daß der Kläger die Kosten zu tragen habe; es sollte vielmehr nur angedeutet werden, daß die Kostenforderung vom Kläger nicht als Masseschuld, sondern nur als Konkursforderung sollte geltend gemacht werden können. Im Urteil ist dem Kläger vorzubehalten, seine Befriedigung wegen der Kosten aus dem Pfandobjekt bzw. aus der Konkursmasse als Konkursforderung zu suchen.

§ 15. 1. **RG. 58** 169, R. **05** 111 Nr. 507. Hat der Verpfänder ein mit seiner Unterschrift versehenes Verpfändungsformular dem Gläubiger mit der Ermächtigung, es auszufüllen, gegeben, und auch sonst alles ihm für die Verpfändung Obliegende getan, so hindert der Umstand, daß er hinterher in Konkurs verfällt, nicht, daß der Gläubiger das Formular ausfüllt und dadurch das Pfandrecht zur Entstehung bringt.

2. Vgl. o. Ziff. 2 zu § 7.

Zweiter Titel. Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

§ 17. OLG. **10** 193, R. **05** 255 Nr. 1183 (Braunschweig). Der Verwalter, der die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrags ablehnt, kann nicht das vorher vom Gemeinschuldner Geleistete zurückfordern. Wenn der Verwalter sich für Nichterfüllung entscheidet, wird nicht die Aufhebung oder Auflösung des Vertrags bewirkt; der Vertrag besteht weiter, nur die weitere Erfüllung unterbleibt.

§ 22. Literatur: Aal, Fällt der Lehrvertrag unter § 22 KO.? BayRpflZ. **05** 260.

1. *Aal, BayRpflZ. **05** 260. Der Lehrvertrag fällt nicht unter § 22, weil er nicht als Dienstverhältnis anzusehen ist. Dies ist mit Petersen-Kleinfeller, Wilmowski-Kurlbaum und den Mot. gegen Jäger, Staub, Dernburg und das ROHG. anzunehmen. So auch LG. Nürnberg 21. 10. 04. Denn der Lehrvertrag hat zum wesentlichen Inhalte die Erlernung des Lebensberufs; Entlohnung und Arbeitsleistung sind zufällig und nebensächlich. Auch wenn man den Lehrvertrag als Dienstverhältnis betrachtet, wäre wohl § 22 nicht anwendbar, weil dieser gesetzlich kündbare Dienstverhältnisse voraussetzt; es würde also bei § 17 KO. bewenden.

2. **a)** OLG. **10** 195, R. **05** 255 Nr. 1184 (KG.). Der Entschädigungsanspruch des Dienstverpflichteten nach § 22 Abs. 2 KO. ist an keine andere Voraussetzung als die vorzeitige Auflösung des Dienstverhältnisses geknüpft. Das Entstehen der Ersatzforderung ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Dienstverpflichtete alsbald eine andere, gleich gut bezahlte Beschäftigung gefunden hat und bisher im wirtschaftlichen Erfolge keinen Einnahmeverlust erlitten hat. Je nach Höhe des anderweit erlangten Verdienstes wird entweder der Umfang des entstandenen Schadens nur gemindert oder die schädigende Wirkung nachträglich wieder ganz aufgehoben. — **b)** OLG. **11** 370 (Karlsruhe). Der Handlungsgehilfe, dem außer Gehalt noch Provision aus den von ihm abgeschlossenen Geschäften zugesagt worden ist, hat bis zur Auflösung des Dienstverhältnisses Anspruch auf alle ihm vertragsmäßig zustehenden Vergütungen und zwar nicht nur auf Gehalt, sondern besonders auch auf die Provision, die einen Teil seines Gehalts ausmacht. Der Anspruch bildet für die Zeit von der Konkurseröffnung ab eine Masseschuld. Das gilt auch für Dienste, die der Masse nicht zustatten kommen. Dem Dienstverpflichteten werden die ihm obliegenden Leistungen, der Abschluß von Geschäften, infolge der Konkurseröffnung unmöglich gemacht, er ist deshalb aus § 22 Abs. 2 berechtigt, den ihm hierdurch entstehenden Schaden von der Konkursmasse ersetzt zu verlangen. Der Schaden ist gleich dem Ausfall an Provisionen.

§ 23. OLG. **10** 197, R. **05** 255 Nr. 1185, ZBlFG. **5** 800 Nr. 774 (Hamburg). Die Bestimmungen des § 23 KO. sind bei der Nachlaßverwaltung entsprechend anzuwenden; an Stelle des Gemeinschuldners steht der Erbe.

§ 24. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 49 ff. Der Vorgemerkte kann von vornherein auf dieses Recht verzichten; der Verzicht bedarf der Eintragung ins Grundbuch.

§ 25. OLG. **10** 193 (Hamburg). Auf laufende Seeversicherungspolicen findet nicht § 17 KO., sondern gemäß § 25 KO. allein § 898 HGB. Anwendung.

Dritter Titel. Anfechtung.

Literatur: Hellwig, Die Form der Gläubigeranfechtung, DJZ. **05** 249. — Jäger, Die Form der Gläubigeranfechtung, DJZ. **05** 129. — Kurlbaum, Über das Geltendmachen der Gläubigeranfechtung, JW. **05** 5. — Rintelen, Zum Anfechtungsrechte, R. **05** 240. — Vgl. auch die Literaturangaben beim AnfG.

§ 29. 1. *Jäger gelangt in einem Aufsatze über die Form der Gläubigeranfechtung, DJZ. **05** 129 ff., zu folgenden Ergebnissen: a) Die Wahrung des Anfechtungsrechts erfordert nach wie vor gerichtliche Geltendmachung. Das außergerichtliche Leistungsbegehren reicht zur Beobachtung der Anfechtungsfristen nicht aus. Keineswegs aber ist es bedeutungslos. Es erspart vielleicht den Prozeß, wendet die Kostenlast des § 93 ZPO. ab und begründet materiell-rechtlich namentlich die Verzugsfolgen nach Maßgabe der §§ 284 ff. BGB. — b) Der normale, in den Fällen des § 878 ZPO., § 115 ZVG., § 146 Abs. 4 KO. der gesetzlich gebotene Weg gerichtlicher Geltendmachung ist die Anfechtungsklage. Sie wird der Regel des § 253 ZPO. gemäß „erhoben" durch Zustellung der Klageschrift an den Anfechtungsgegner. Damit „erfolgt die Anfechtung". Damit werden wie früher die Verjährungs-, so jetzt die Ausschlußfristen gewahrt. — c) Der Anfechtungsklage steht bei der konkursmäßigen wie bei der außerkonkursmäßigen Anfechtung arg. § 209 Abs. 2 Nr. 2 BGB. gleich die Anmeldung des Anfechtungsanspruchs im Konkurse des seinerseits verganteten Anfechtungsschuldners. Eine unmittelbare Klagerhebung gegen den Konkursverwalter des Anfechtungsschuldners ist hier ausgeschlossen, weil der Anspruch eine „Konkursforderung", nicht etwa (wie die Dinglichkeitslehre annimmt) ein Aussonderungsrecht bildet (§§ 12, 139, 146 KO.). — d) Erfolgt die Anfechtung im Wege der Widerklage, so wird der Anfechtungsanspruch erst gewahrt durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung (§ 281 mit § 297 ZPO.). Gleiches gilt für die Fälle der Klagänderung und Klagerweiterung. Auch „die Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" (§ 5 AnfG.) und entsprechend im Wege der Replik, die aber beide keine „Rechtshängigkeit" begründen, „erfolgt" nach dem Grundsatze der Mündlichkeit erst mit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung. In allen diesen Fällen hat die Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes nur den Sinn einer Ankündigung der Anfechtungsabsicht. Eine den Anfechtungsanspruch wahrende Erhebung kann also nur erfolgen, wenn zur Zeit des mündlichen Vortrags die Anfechtung noch statthaft ist. Andererseits genügt es auch in den Fällen der Einrede und Replik, daß zu dieser Zeit die Anfechtungsfristen noch laufen, mag auch die Schlußverhandlung in eine spätere Zeit fallen. Vgl. hierzu Hellwig, DJZ. **05** 249.

2. **RG.** VII 29. 3. 04 JDR. **3** Note 5 b zu § 29 KO., s. auch **RG. 58** 44. Derselbe Senat hat im gleichen Sinne entschieden in dem ausführlich begründeten Urteile v. 28. 6. 04, veröffentlicht GruchotsBeitr. **49** 1092. — Dagegen Kurlbaum, JW. **05** 5. Die in der Konkursordnung und im Anfechtungsgesetze für die Geltendmachung der Anfechtung gegebenen Fristen können nicht nur durch Erhebung der Klage oder Geltendmachung der Einrede im Prozesse, sondern auch durch eine formlose Erklärung gewahrt werden.

3. **RG.** SeuffA. **60** 87, HansGZ. **05** Beibl. Nr. 45, R. **05** 567 Nr. 2333. Die Anfechtung durch den Konkursverwalter ist nicht durch die Höhe der festgestellten Forderungen beschränkt. Der Anfechtungsbeklagte kann nicht einwenden, daß es einer Anfechtung nicht bedürfe und diese unzulässig sei, da die vorhandene Masse zur Befriedigung der begründeten Forderungen, sowie zur Deckung der Konkurskosten ausreiche. Die Beschränkung, die für die Anfechtung außerhalb des Konkurses durch die Vorschrift im § 7 Abs. 1 AnfG. besteht, ist der An-

fechtung seitens des Konkursverwalters fremd. Die Anfechtung des Konkursverwalters erfolgt im Interesse aller Gläubiger des Gemeinschuldners, auch derjenigen, die zur Zeit der Anfechtung ihre Forderungen noch nicht angemeldet haben, und bezweckt die Wiederherstellung des Zustandes, welcher vor der angefochtenen Handlung bestanden hat.

4. **RG. 60** 109. Es ist notwendige Voraussetzung der Konkursanfechtung, daß durch die Rechtshandlung, gegen welche sich die Anfechtung richtet, die Konkursmasse eine Minderung erfährt, so daß die Befriedigung der Konkursgläubiger nur noch in geringerem Umfange erfolgen kann.

5. *Weegmann, WürttZ. **05** 233. Das Anrufen der sogenannten weiblichen Freiheiten nach württembergischen Rechte ist nicht anfechtbar, auch dann nicht, wenn und weil es in der ausgesprochenen Absicht, sich der Mithaftung den Gläubigern gegenüber zu entziehen, geschah. — Die dem überlebenden Ehegatten nach Art. 262 WürttAGBGB. als erbrechtliche Wirkung des Güterstandes der württ. landrechtlichen Errungenschaftsgesellschaft oder der allgemeinen Gütergemeinschaft auf Grund eines vor 1. 1. 00 in Württemberg geschlossenen Vertrags zustehende statutarische Nutznießung gehört noch jetzt zur Konkursmasse des Nutznießers und es ist ein nach dem Erwerbe der Nutznießung erfolgter Verzicht auf sie auch jetzt noch anfechtbar.

6. OLG. **10** 375 (Colmar). Die Anfechtung auf Grund ausländischen Konkurses kann nur stattfinden, wenn und soweit sie das ausländische Recht zuläßt.

7. **RG.** SächsA. **15** 77. Der Anfechtungsanspruch kann im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden.

8. **RG.** JDR. **3** Note 3 zu § 29, s. auch **RG. 58** 414.

9. Über fiduziarische Geschäfte **RG.** GruchotsBeitr. **49** 353 bei § 2 AnfG.

§ 30. I. Ziff. 1. **a)** α. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1084. Für die Feststellung der Zahlungseinstellung läßt sich der Umstand verwerten, daß ein vorher über das Vermögen des Gemeinschuldners eröffneter Konkurs wegen Mangels an Masse aufgehoben worden ist. Nachdem der Gemeinschuldner einmal seine Zahlungen eingestellt hat, kommt es nicht mehr darauf an, daß die Gläubiger von weiteren Beitreibungsversuchen abgesehen haben. Grundsätzlich ist richtig, daß bei einer Zahlungseinstellung das Nichtzahlen auf einem Nichtkönnen beruhen muß. Die Zahlungseinstellung wird jedoch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner, um sich der Zahlungspflicht zu entziehen, sein Vermögen ganz oder teilweise beiseite schafft, da auch ein solcher Schuldner keine bereiten Mittel mehr zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hat. — Es genügt zur Anfechtung, daß der Vertreter der Partei die Zahlungseinstellung kennt. — β. OLG. **10** 218, R. **05** 255 Nr. 1187 (Stettin). Die Zahlungseinstellung ist die nach außen erkennbar gewordene Tatsache der allgemeinen Nichterfüllung fälliger Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln (**RG. 51** 413). Dieser Zustand kann unter Umständen ganz unabhängig vom Willen des Schuldners eintreten, sich beispielsweise durch die gegen seinen Willen ausgeführte Zwangsvollstreckung erkennbar machen; er kann auch eintreten gegen den Schuldner, der ohne Willen und Willensvertreter ist. — γ. OLG. **10** 219, R. **05** 255 Nr. 1186 (Frankfurt). Der bloße Zweifel des Gläubigers, ob nicht doch vielleicht nur vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten vorhanden seien, genügt nicht, um seine Kenntnis von der tatsächlich vorhandenen Zahlungseinstelluug auszuschließen. — **b)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1087. Die Anfechtung ist dadurch bedingt, daß dem Gläubiger zur Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung bekannt war. Es genügt nicht die Überzeugung, daß möglicherweise Zahlungseinstellung vorliege. Auch die Kenntnis der Tatsachen, aus denen das Gericht auf eine Zahlungseinstellung schließt, steht der Kenntnis der Zah-

lungseinstellung selbst nicht gleich. Die Annahme eines eventuellen Kennens würde mit dem Begriffe Kennen unvereinbar sein. — **c)** α. **RG.** JW. **05** 157, R. **05** 228 Nr. 1056. Aus der Überschuldung kann ein Schluß auf die Zahlungseinstellung, das erkennbar gewordene Unvermögen des Gemeinschuldners, seine Zahlung verlangenden Gläubiger zu einem wesentlichen Teile ihrer Ansprüche zu befriedigen, nicht gezogen werden. Es kommt nicht darauf an, in welcher Weise der Schuldner in den Besitz des zur Abwendung der Zahlungseinstellung erforderlichen Geldes gelangt. Es genügt, daß er fortdauernd die Zahlung begehrenden Gläubiger befriedigt. — β. OLG. **10** 218 (Hamburg). Zahlungseinstellung liegt noch nicht vor, wenn der Schuldner noch über Zahlungsmittel, wenn auch nicht gleich bei Fälligkeit seiner Schulden, aber doch bald nachher verfügen kann. Ein voraussichtlich dauernder Mangel an Zahlungsmitteln muß vorhanden sein. — γ. **RG.** JW. **05** 29 Nr. 42. Bei Beantwortung der Frage, ob Zahlungsfähigkeit des Schuldners vorliegt, ist das Verhalten der Gläubiger in Betracht zu ziehen. — **d)** BadRpr. **05** 26, R. **05** 168 Nr. 745 (Karlsruhe). Zahlungen des Gemeinschuldners an einen Gläubiger, dem zur Zeit der Zahlung die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners bekannt war, der aber ein unanfechtbares Pfändungspfandrecht an Fahrnissen des Schuldners besaß, können nach § 30 Ziff. 1 KO. nur im Falle einer Verkürzung der Masse angefochten werden, d. h. nur wenn entweder die mit dem Pfandrechte belasteten Sachen von vornherein für die Masse nicht mindestens ebensoviel wert gewesen wären, als der zur Tilgung der Forderung aufgewendete Betrag, oder wenn etwa die Sachen hinterher untergegangen wären oder eine Wertminderung unter den angegebenen Betrag erlitten hätten. — **e)** **RG.** SächsA. **15** 77, R. **05** 111 Nr. 506. Eine allgemeine Voraussetzung für jede Anfechtung im Konkurs und außerhalb desselben ist die Benachteiligung der Gläubiger. Das Erfordernis einer Benachteiligungsabsicht ist für die Fälle des § 30 KO. vom Gesetze nicht aufgestellt. — **f)** OLG. **10** 219 (Cassel). Der Gemeinschuldner, der einem Gläubiger wegen eines diesem gegen ihn zustehenden Guthabens Pretiosen verpfändet hatte, erhielt einige davon noch vor der Zahlungseinstellung unter der Abrede zurück, daß er gleichwertige Ersatzstücke verpfände. Er kam dieser Abrede nach der Zahlungseinstellung nach. Diese Pfandbestellung ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. In der Hingabe der Ersatzstücke liegt die Bestellung eines neuen Pfandes.

II. Ziff. 2. SeuffA. **60** 382, DJZ. **05** 822 (BayObLG.). Auch das Vollstreckungspfand ist eine Sicherung, auf die der Gläubiger als solcher keinen Anspruch hat, auch wenn er den Vollstreckungstitel noch vor der kritischen Zeit erlangt hatte. Von dieser seither in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung herrschenden Ansicht ist nicht abzugehen, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß, wie Stein (Die Voraussetzungen des Rechtsschutzes 6) und Siber (Der Rechtszwang im Schuldverhältnisse nach deutschem Reichsrechte 157 ff.) geltend machen, gegen die Anfechtbarkeit der Vollstreckungspfändung nach § 30 Ziff. 2 KO. nicht ungewichtige Bedenken bestehen. Zur Begründung der Anfechtungsklage aus § 30 Ziff. 2 KO. ist, wenn der Prozeßbevollmächtigte des Gläubigers den Pfändungsauftrag erteilt hat, die Kenntnis des Prozeßbevollmächtigten von der Zahlungseinstellung genügend.

§ 31. 1. **RG.** R. **05** 621 Nr. 2588. Zur Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners reicht das bloße Bewußtsein desselben davon, daß den übrigen Gläubigern Zwangsvollstreckungsgegenstände entzogen und sie hierdurch geschädigt würden, nicht aus; es muß vielmehr bei dem Schuldner die Absicht vorgelegen haben, jenen Personen die ihnen zustehende Befriedigung zu entziehen und sie hierdurch zu benachteiligen.

2. **RG.** JDR. **3** Note 2 zu § 31, s. auch **RG. 58** 141.

§ 32. Ziff. 2. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1092. Der Begriff der unentgeltlichen Zuwendung ist weiter als derjenige der Schenkung. Die Zuwendung braucht kein Vertrag zu sein. — **b)** Anfechtbarkeit eines zugunsten der Frau geschlossenen Lebensversicherungsvertrags JDR. **3** Note 2a zu § 32 KO., s. auch GruchotsBeitr. **49** 1089. — **c)** Darüber, ob die Errichtung einer Stiftung unentgeltliche Verfügung ist, s. Jacke, o. Ziff. 2 zu § 82 BGB.

§ 36. 1. OLG. **10** 220, R. **05** 255 Nr. 1189 (Stettin). Durch den bloßen Abschluß des Zwangsvergleichs in Verbindung mit dessen rechtskräftiger Bestätigung ist das Konkursverfahren noch nicht abgeschlossen. Die formelle Legitimation des Verwalters zur Weiterführung eines Anfechtungsprozesses ist so lange nicht zu beanstanden, als das Verfahren nicht aufgehoben ist. Dagegen ist der Anfechtungsanspruch materiell erledigt.

2. OLG. **10** 220, R. **05** 255 Nr. 1188 (Kiel). Wenn der Verwalter einen Gegenstand, an dem Absonderungsrechte bestehen, dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zurückgibt, beseitigt er das ihm zustehende Anfechtungsrecht. — Die Erklärung des Verwalters, daß er den Gegenstand für die Konkursmasse nicht verwerten wolle, kann jedenfalls dann nicht widerrufen werden, wenn inzwischen der Gemeinschuldner den Gegenstand verwertet und den Erlös für sich eingezogen hat. Ebenso **RG. 60** 109.

§ 37. Literatur: Kretzschmar, Die Art der Rückgewähr eines Grundstücks bei der Anfechtung im Konkurse, R. **05** 484.

1. **RG.** HansGZ. **05** Beibl. Nr. 45, R. **05** 567 Nr. 2334. Der Anfechtungsanspruch des Verwalters im Konkurse ist keineswegs auf die Höhe der bereits festgestellten Forderungen beschränkt, vielmehr muß alles, was durch den angefochtenen Akt aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herausgekommen ist, zur Konkursmasse zurückgewährt werden, und es geht der Anfechtungsanspruch primär auf Rückgabe in Natur.

2. OLG. **10** 221, R. **05** 255 Nr. 1190 (Hamburg). Es kann Naturalrestitution gefordert werden, auch wenn der Anfechtungsbeklagte sich schon vor der Konkurseröffnung des Besitzes entäußert hat. Es beruhte denn — was der Beklagte beweisen müßte — die Entäußerung des Besitzes auf Umständen, die er nicht zu vertreten brauchte. Dem Kläger bleibt es überlassen, auf dem im § 283 BGB. geordneten Wege Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

3. Kretzschmar, R. **05** 488. Der Verwalter, der eine Grundstücksveräußerung anficht, kann Herausgabe des Grundstücks und Rückauflassung an den Gemeinschuldner verlangen; zu welchem Zwecke er die Auflassung fordert, ist gleichgültig. Veräußert der Konkursverwalter das Grundstück nicht, so kann der Anfechtungsgegner, da die Veräußerung nur gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam ist, nach Aufhebung des Verfahrens verlangen, daß der Gemeinschuldner ihm das Eigentum an dem Grundstücke zurücküberträgt. Dasselbe gilt, wenn der Konkursverwalter das Grundstück nach erfolgter Rückgewähr freigeben sollte. Abw. **RG. 56** 142, JDR. **3** Note 2a zu § 37.

4. SeuffA. **60** 431 (München). Der Anfechtungsschuldner hat keinen Anspruch, daß ihm aus der Konkursmasse ersetzt werde, was er infolge der anfechtbaren Handlung aufgewendet hat.

5. **RG.** JDR. **3** Note 2b zu § 37, s. auch **RG. 58** 105.

§ 41. 1. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1092. Die für die Ausübung des Anfechtungsrechts gesetzte einjährige Ausschlußfrist kann nicht durch eine formlose, von dem Konkursverwalter dem Anfechtungsgegner gegenüber außerhalb eines Prozeßverfahrens abzugebende Erklärung gewahrt werden. — **b)** Jäger, DJZ.

05 129. Das außergerichtliche Leistungsbegehren reicht zur Beobachtung der Anfechtungsfrist nicht aus. — **c)** *Hellwig, DJZ. **05** 250. Zur Wahrung der Anfechtungsfrist ist gerichtliche Geltendmachung des Anfechtungsrechts erforderlich. Ist der Beklagte in der Lage, anzufechten und läuft an sich die Frist zwischen der Klagerhebung und der ersten mündlichen Verhandlung ab, so ist dieser Zeitraum in die Ausschlußfrist nicht einzurechnen, da der § 203 Abs. 2 BGB. anzuwenden ist und der Beklagte nicht in der Lage war, den „Anfechtungsanspruch" (d. h. die auf Grund der Anfechung aufzustellende Rechtsbehauptung) früher als in der ersten mündlichen Verhandlung geltend zu machen. Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes ist weder erforderlich noch genügend.

2. Dagegen *Rintelen, R. **05** 240. Der V. und VII. Senat des RG. (**RG. 52** 334, **58** 441) haben angenommen, daß das Anfechtungsrecht auch jetzt nur im Prozeßweg ausgeübt werden könne. Grund: Das frühere Recht ist durch die Gesetzgebung von 1898 nicht geändert. Der Grund ist hinfällig. Gerade diejenigen Bestimmungen des früheren Rechtes, welche allein die Ausübung im Prozeßweg erforderlich machten („Verjährung", „Rechtshängigkeit") sind durch die neuen Gesetze völlig beseitigt. Es gibt also keine Formvorschriften für die Ausübung.

3. OLG. **10** 222, R. **05** 255 Nr. 1191 (Königsberg). Eine verzögerliche Einrede wird dem Verwalter gewährt, wenn durch die anfechtbare Handlung eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu einer Leistung begründet wird. § 41 Abs. 2 ist unanwendbar, wenn ein Absonderungsrecht auf Grund eines vom Gemeinschuldner eingeräumten Pfandrechts geltend gemacht wird. Eine Pfandbestellung als solche verpflichtet den Pfandschuldner zu keiner Leistung; der Pfandschuldner hat nur die Verpflichtung, die Verwertung des Pfandes zu dulden.

Vierter Titel. Aussonderung.

Literatur: Oppenheimer, Die fiduziarische Eigentumsübertragung, insbesondere das Aussonderungsrecht an den zu fiduziarischem Eigentum übertragenen Gegenständen. Marburger Diss. 1905.

§ 43. 1. OLG. **11** 359 (Hamburg). Gegenstände sind nicht bloß körperliche Sachen, vielmehr können auch persönliche Ansprüche ein Aussonderungsrecht begründen, vor allem dann, wenn sie restitutorischer Natur sind. Der Aussonderung unterliegt, was wirtschaftlich nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Auch in bezug auf fiduziarisch übertragene Werte muß ein Aussonderungsrecht gegeben werden. Es kann Aussonderung beansprucht werden, wenn der Gemeinschuldner mit fremdem Gelde, an dem er keinerlei Rechte erwerben sollte, eine Kaution gestellt hat.

2. OLG. **11** 357 (Karlsruhe). Hat sich der Gemeinschuldner verpflichtet, Kommissionsware, die er nach einer bestimmten Zeit noch auf Lager hat, auf eigene Rechnung zu übernehmen und zu bezahlen, so bleibt es dem Kommittenten, der zu einer Veräußerung nicht verpflichtet ist, in jedem einzelnen Falle überlassen, ob er das Eigentum übertragen will oder nicht. Zur Übertragung des Eigentums ist eine besondere Erklärung des Kommittenten erforderlich. Verträge, durch die nur die eine Vertragspartei zum Erwerbe, die andere aber nicht zur Veräußerung verpflichtet wird, sind rechtlich zulässig und werden häufig abgeschlossen.

3. OLG. **10** 198, R. **05** 255 Nr. 1193 (Hamburg). Die auf Grund eines Gattungskaufs übersandte Ware wird erst Eigentum des Käufers, wenn der Erwerbswille durch Annahme der Ware stillschweigend oder ausdrücklich zu erkennen gegeben ist. Die Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien, der Käufer solle die von ihm beanstandete Ware auf Lager nehmen, verkaufen und einen etwaigen

Mehrerlös über den Vertragspreis hinaus als Verdienst behalten, begründet ein kommissionsähnliches Verhältnis und hat eine Eigentumsübertragung nicht zur Folge.

4. **RG. 60** 251, R. **05** 284 Nr. 1377, JW. **05** 236. Der Anspruch auf Bewilligung der Löschung einer bezahlten Grundschuld und auf Herausgabe des Grundschuldbriefs ist nicht Konkursforderung, sondern Aussonderungsanspruch.

5. OLG. **10** 199, R. **05** 255 Nr. 1192 (Köln). Der Verwalter kann verlangen, daß der Aussonderungsberechtigte seine Eigentumsansprüche vor Erhebung der Klage glaubhaft mache. Vorlegung des über den Eigentumsvorbehalt geschlossenen Originalvertrags kann er nicht verlangen, bevor er den Aussonderungsanspruch anerkennt.

6. KGBl. **05** 81, R. **05** 567 Nr. 2335 (KG.). Der Inkassozedent kann nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inkassozessionars aus dessen Konkursmasse (bez. vom Konkursverwalter) die Rückübertragung desjenigen, was zum Inkasso zediert ist, verlangen.

7. *Ruge, Wegnahmerecht 96. Der Anspruch auf Duldung der Wegnahme ist ein Aussonderungsanspruch.

8. *Langen, Eigentumserwerb bei Kommissionsgeschäften 17. Aus § 392 HGB. läßt sich nicht für den Kommittenten im Konkurse des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht an den von diesem für den Kommittenten angeschafften Waren herleiten. Abs. 2 trifft auch dann nicht unmittelbar zu, wenn die Ware, welche der Kommissionär für den Kommittenten angeschafft hat, selbst ein Forderungsrecht, etwa eine Forderung aus einem Wechsel oder einem Inhaberpapier ist, so daß der Kommittent letztere Forderung für sich aussondern könnte. Denn Abs. 2 bezieht sich lediglich auf die Forderung, welche aus dem Kaufvertrage selbst für den Kommissionär gegen den Verkäufer entspringt; aus diesem Kaufvertrag entsteht aber nur die Forderung auf Übermachung des Wechsels oder Inhaberpapiers, und nicht die Forderung aus diesen Papieren. AM. Strohal (Verh. d. 22. DJT. IV 203 ff.), auch wohl **RG. 41** Nr. 1 aE., zust. Lehmann, GoldschmidtsZ. **51** 269.

9. OLG. **11** 358 (Hamburg). Der Gemeinschuldner hat einem Gläubiger die Kaufpreisforderung übertragen, die er aus dem künftigen Verkaufe seines Grundstücks erzielen werde. Der Verwalter hat das Grundstück verkauft. Der Gläubiger hat kein Aussonderungsrecht an dem Kaufgelderanspruche.

10. **RG.** SächsA. **15** 199. Es besteht kein Aussonderungsrecht, wenn der Gemeinschuldner, der ein Grundstück für gemeinschaftliche Rechnung gekauft hat, sich entgegen der getroffenen Abrede als alleiniger Eigentümer hat eintragen lassen. Als fiduziarischer Eigentümer kann der Gemeinschuldner nicht angesehen werden, da sein Erwerb nicht mit, sondern entgegen dem Willen der Sozien erfolgt ist.

11. OLG. **11** 359 (Hamburg) behandelt im Urteile vom 18. 2. 05 die Schadensersatzansprüche des aussonderungsberechtigten Gläubigers gegenüber dem Verwalter nach §§ 989—993, 286, 292 BGB.

12. SächsOLG. **26** 172 (Dresden). Beansprucht ein Dritter als Eigentümer die Herausgabe von Zubehörstücken des dem Gemeinschuldner gehörigen, unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstücks, so ist gegenüber diesem Anspruche der Konkursverwalter der richtige Beklagte. Der Zwangsverwalter ist in seinem Verhältnisse zum Grundstückseigentümer unmittelbarer Besitzer, des Grundstücks. Der Grundstückseigentümer selbst bleibt mittelbarer Besitzer und ist diejenige Person, die über das Grundstück und die Zubehörstücke die Verfügung hat. An seine Stelle tritt im Falle des Konkurses der Konkursverwalter.

13. *Schloß, Rechte der Versicherten an der Prämienreserve 43. Von einer Reihe von Schriftstellern (Ehrenberg, GoldschmidtsZ. 32 409, 33 1, Laband, Rüdiger) wird die Prämienreserve als Eigentum der Versicherten betrachtet. Den Versicherten würde demnach im Konkurs ein Aussonderungsrecht zustehen. Diese theoretische Konstruktion der Prämienreserve steht im Widerspruche mit der Absicht des Gesetzgebers.

Fünfter Titel. Absonderung.

Literatur: Kreisselmeyer, Das Pfandrecht des Vermieters und Verpächters im Konkurse nach geltendem Reichsrechte. München 1903.

§ 47. 1. OLG. **10** 200, R. **05** 255 Nr. 1194 (Zweibrücken). Der Gläubiger, für den eine Hypothek für eine Darlehnsforderung nebst Zinsen und Vertragskosten eingetragen ist, kann, wenn er das Darlehn nicht gewährt, im Konkurse wegen der Vertragskosten keine abgesonderte Befriedigung beanspruchen. Infolge der Nichtzahlung der Darlehnsvaluta ist die Forderung nicht entstanden und die Hypothek als Ganzes, also auch in ihren Beziehungen zu den Nebenleistungen, auf den Eigentümer übergegangen.

2. OLG. **10** 419 (Braunschweig). S. o. zu § 1147 BGB.

§ 49. Ziff. 2. **RG.** JW. **05** 19 Nr. 16. Wenn auch die Verpflichtung zum Bierbezug, die der Gemeinschuldner beim Abschluß eines Mietvertrags über ein dem Gläubiger gehöriges Wirtschaftslokal mit Inventar übernommen hat, als Forderung aus dem Mietverhältnisse anzusehen ist und daher insbesondere die für Nichterfüllung dieser Verpflichtung festgesetzte Konventionalstrafe dem Pfandrechte des § 559 BGB. unterliegen würde, so können jedoch die Kaufpreisforderungen für die Bierlieferungen nicht als Forderungen aus dem Mietverhältnisse bezeichnet werden. Für die Kaufpreisforderungen besteht kein Absonderungsrecht.

§ 51. **RG.** JW. **05** 720 Nr. 10. Es besteht kein Absonderungsrecht am Vermögen eines Gesellschafters, bezüglich dessen eine bloße Gewinn- oder Verlustbeteiligung des anderen Gesellschafters besteht. § 51 KO. bezieht sich, soweit er von Gesellschaften handelt, nur auf das gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter im Sinne des § 718 BGB.

Sechster Titel. Aufrechnung.

Vorbemerkung. Von Interesse ist die Abhandlung von Merckens, Grundsicherheit für Bankkredit, DNotV. **05** 541 ff. Er behandelt u. a. die bisher wenig erörterte Frage, welche Sicherungsform eine auch im Konkurse wirksame Ausfallsicherheit gewähren könne. Seiner Ansicht nach kann der aufrechnungsberechtigte Gläubiger für seine ganze Forderung Dividende beanspruchen und mit dem Ausfalle aufrechnen. Eine Entscheidung des RG. ist noch nicht ergangen; in dem Urteile des **RG.** **26** 116 wird die Frage nur beiläufig behandelt.

§ 53. 1. *Merckens, Grundsicherheit für Bankkredit, DNotV. **05** 608, 627/8. Der aufrechnungsberechtigte Gläubiger kann, wenn der Konkursverwalter nicht aufrechnen kann oder will, seine ganze Forderung zur Masse anmelden, die auf die ganze Forderung entfallende Dividende in Empfang nehmen und hiernach die Aufrechnung mit dem Ausfall erklären. § 64 KO. kann hier weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung finden, da das Aufrechnungsrecht in der KO. getrennt vom Absonderungsrechte geregelt ist. In der Geltendmachung der ganzen Forderung liegt auch weder ein freiwilliger (gegen Parisius-Crüger, Genossenschaftsgesetz 416, Schultze-Delitzsch-Crüger, Vorschuß- und Kreditvereine 116) noch ein notwendiger (gegen Hullmann, KO. 189, Petersen-Kleinfeller, KO. Anm. 3 u. 4 zu § 53, v. Völderndorff, KO.

570) Verzicht auf das Aufrechnungsrecht. Ferner widerspricht eine Aufrechnung mit dem Ausfalle weder dem Wortlaute des § 53 noch der Bedeutung des Konkurses oder seinem Zwecke (vgl. **RG. 26** 116). Was für ein gesetzliches Aufrechnungsrecht gilt, trifft auch dann zu, wenn die Zulässigkeit einer Aufrechnung mit dem Ausfalle zwischen den Parteien vorher vereinbart worden ist, wenn z. B. ein mit einer Bank in Kreditverkehr stehender Kunde der Bank das Recht eingeräumt hat, mit seinem Depositenguthaben gegen einen etwaigen Ausfall in laufender Rechnung aufzurechnen. Insbesondere ist auch hier die naheliegende entsprechende Anwendung der pfandrechtlichen Vorschriften unzulässig.

2. SeuffA. **60** 338 (BayObLG.). Der Konkursverwalter kann im Feststellungsverfahren nur Ansprüche der Gesamtheit der Gläubiger gegen die Forderung eines Gläubigers, die er bestreitet, für sämtliche Gläubiger aufrechnen, nicht aber Ansprüche, die nur einem Teile der Gläubiger gegen diesen Gläubiger zustehen.

3. **RG. 60** 357, JW. **05** 346, R. **05** 504 Nr. 2026. Eine Rechtsvermutung, wonach die Vereinbarung des Ausschlusses der Aufrechnung der Regel nach im Konkurse des Aufrechnungsgegners unwirksam sei, besteht nicht. Es ist jedoch im einzelnen Falle zu prüfen, ob die Kontrahenten nicht die Vereinbarung für den Fall des Konkurses, wenn sie ihn bedacht hätten, ausgeschlossen haben würden und ob sie daher nicht nach Treu und Glauben für diesen Fall als ausgeschlossen zu gelten hat. Letzteres wird in der Regel dann zutreffen, wenn der Verzicht auf die Aufrechnung abstrakt, ohne Rücksicht auf eine bereits bestehende Gegenforderung, ausgesprochen ist.

4. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 978. Die Einlage des Kommanditisten kann durch vertragsmäßige Aufrechnung einer Forderung desselben gegen die Gesellschaft geleistet werden. Die Aufrechnung kann auch stattfinden, nachdem über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist.

5. *Adler, Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite 124. Gegen Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs — BankdepotG. Anm. 4 zu § 8 — ist anzunehmen, daß bei einem Verkaufskommissionsgeschäft in Wertpapieren der Zentralbankier im Konkurse des Lokalbankiers gegen die Kaufpreisforderung des Kommittenten seine Forderungen gegen den Lokalbankier aufrechnen kann.

§ 54. **RG.** 58 11. Die im Falle des § 26 KO. an die Stelle des Erfüllungsanspruchs tretende Entschädigungsforderung des Gläubigers ist als eine aufschiebend bedingte Forderung im Sinne des § 54, nicht aber als eine erst nach der Eröffnung des Verfahrens erworbene i. S. des § 55 Nr. 2 anzusehen.

§ 55. HansGZ. **05** Beibl. 58, R. **05** 505 Nr. 2127 (Hamburg). Diese Vorschrift ist zwingendes Recht, dessen Schranken durch Verträge nicht erweitert werden können.

Siebenter Titel. Massegläubiger.

§ 58. Ziff. 3. R. **05** 316 (KG.). Für die Kosten der Registrierung eines Geschäftsführers einer im Konkurs befindlichen GmbH. haftet die Masse nicht.

§ 59. Ziff. 1. **a)** OLG. **10** 202, R. **05** 255 Nr. 1195 (Oldenburg). Nach Aufnahme des Prozesses gemäß § 146 Abs. 3 KO. ist nicht zu unterscheiden zwischen den Prozeßkosten, welche vor der Konkurseröffnung entstanden und zur Tabelle angemeldet waren, und den nach der Aufnahme entstehenden Kosten. Auch die ersteren Kosten sind Kosten des einen Prozeßverfahrens. Über die Kostentragungspflicht ist einheitlich zu erkennen. — Wird jedoch von vornherein die Hauptforderung anerkannt und nur die angemeldete Kostenforderung bestritten, so sind nur die neu entstehenden Kosten Masseschuld. — **b)** OLG. **10** 201 (Karlsruhe). Wenn ein Konkursgläubiger die Feststellung einer zum Konkurse

angemeldeten Forderung, über welche zur Zeit der Konkurseröffnung ein Rechtsstreit anhängig war, durch dessen Aufnahme gegen den die Forderung bestreitenden Verwalter verfolgt (§ 146 Abs. 3), so bildet der Kostenerstattungsanspruch des obsiegenden Konkursgläubigers eine Masseschuld, und zwar sowohl hinsichtlich der vor, als hinsichtlich der nach dem Konkursbeginn oder der Rechtsstreitaufnahme erwachsenen Kosten. Hat aber der Verwalter, ohne in den Prozeß einzutreten, nach der Aufnahme des Rechtsstreits durch den Konkursgläubiger seinen Widerspruch zurückgenommen, so ist nur die Forderung auf Erstattung der durch die Aufnahme verursachten Kosten als Masseschuld zu berichtigen (OLG. **11** 362 [Braunschweig]). — **c**) Provisionsansprüche des Handlungsgehilfen für die Zeit nach der Konkurseröffnung s. bei § 22 KO.

§ 60. 1. **RG.** JW. **05** 541, R. **05** 567 Nr. 2336. Solange nicht feststeht, daß die Masse nicht einmal zur Vollbefriedigung der Massegläubiger ausreicht, kann jeder Massegläubiger selbst seinen Anspruch gerichtlich und außergerichtlich gegen den Verwalter geltend machen und sich im Vollstreckungswege Befriedigung aus der Masse verschaffen. Wenn die Unzulänglichkeit der Masse sich herausstellt, kann kein Massegläubiger mehr ein dem § 60 KO. widersprechendes Vorrecht durch Zahlung, Vollstreckung oder Arrest wirksam erlangen; das trotzdem Erlangte kann der Konkursverwalter wegen ungerechtfertigter Bereicherung zur Masse zurückfordern. Das „Sichherausstellen" der Unzulänglichkeit besteht darin, daß dieser Zustand tatsächlich erkennbar wird.

2. OLG. **10** 203, R. **05** 255 Nr. 1196 (Posen). Der Konkursverwalter, der wegen Insuffizienz der Masse Freigabe der von einem Massegläubiger gepfändeten Sachen fordert, kann den Klageweg beschreiten. Das Vorbringen, daß der Anspruch zur Zeit im Wege der Zwangsvollstreckung nicht geltend gemacht werden dürfe, stellt sich als eine Einwendung gegen den Anspruch selbst im Sinne des § 767 ZPO. dar. Im Streitfalle hat das Prozeßgericht, nicht der Konkursrichter darüber zu entscheiden, ob und wann Insuffizienz der Masse eingetreten ist. Von einer Konkurseröffnung über das Massevermögen kann nicht die Rede sein; es ist lediglich Sache des Verwalters, § 60 auszuführen. Ein gerichtliches Verteilungsverfahren ist nicht statthaft. — Wenn auch der Verwalter nicht Vertreter der Massegläubiger ist, so ist er doch nach dem Gesetze zur Führung von Prozessen legitimiert, durch welche die der Ausführung des § 60 entgegenstehenden Zwangsmaßregeln beseitigt werden sollen.

Achter Titel. Konkursgläubiger.

§ 61. 1. *Schloß, Rechte der Versicherten an der Prämienreserve (Diss.) 43 ff. Es ist bestritten, ob das Vorzugsrecht der Pfandbriefgläubiger nach dem § 35 HypBankG. v. 13. 8. 99 und der Versicherten am Prämienreservefonds nach § 61 PrivVUntG. v. 12. 7. 01 ein Absonderungsrecht im Sinne der §§ 48, 49 KO. oder ein Konkursprivileg gemäß § 61 KO. ist (Merzbacher Anm. 1 zu § 35 HypBankG., Rehm, PrivVUntG. Anm. 12 zu § 61, Jäger, KO. Anm. 3 zu § 47). Die Entstehungsgeschichte und die Mot. der Gesetze und vor allem der Umstand, daß die Befriedigung der Pfandbriefgläubiger und der Versicherten aus dem Deckungskapital innerhalb des Konkursverfahrens (vgl. § 4 Abs. 2 KO.) erfolgt, sprechen jedoch auf das entschiedenste dafür, daß das Recht der Pfandbriefgläubiger und Versicherten im Konkurs eine bevorzugte Konkursforderung gemäß § 61 KO. ist.

2. Ziff. 1. **a**) α. OLG. **10** 205, R. **05** 255 Nr. 1198, DJZ. **05** 968 (Hamburg). Die Provisionsansprüche des Agenten fallen nicht unter § 61 Ziff. 1. Der Inhalt des Agenturvertrags ist mit der Annahme eines Dienstverhältnisses unvereinbar. Allerdings spricht die neue KO. nicht mehr von einem „dauernden"

Dienste, sie fordert aber noch immer ein Verdingen zur Leistung von Diensten, also einen Dienstvertrag. Der Agenturvertrag ist ein Vertrag zwischen zwei selbstständigen Kauf- oder Geschäftsleuten mit eigenartigem, durch das Gesetz bestimmten Inhalte (vgl. o. § 611 BGB. Ziff. 2c und § 88 HGB. Ziff. 1). — β. SächsA. **15** 539, R. **05** 596 Nr. 2489 (Dresden). Kaufmännische Agenten haben wegen ihrer Provisionsforderungen regelmäßig kein Vorrecht im Konkurse des Geschäftsherrn. Bevorrechtigt sind nur Personen, die sich zur Leistung von Diensten „verdungen" haben. Das Vorrecht beschränkt sich auf „Dienstleute", auf die in Haushalt, Wirtschaft oder Erwerbsgeschäft eines anderen „dienenden" Personen, und es scheiden ohne weiteres die Agenten aus, von denen man wohl sagen kann, daß sie „Dienste leisten" (§ 354 HGB.), aber nicht, daß sie „dienen" oder daß sie „Dienstleute" sind. — Die Frage, ob dem Agenten in besonderen Fällen, etwa dann, wenn seine Dienste durch die Tätigkeit für einen Geschäftsherrn ganz oder doch hauptsächlich in Anspruch genommen werden, wenn er also auf die freie Verfügung über seine Zeit und Arbeitskraft verzichtet, das Vorrecht zu gewähren ist, bleibt dahingestellt. — **b)** OLG. **10** 205, R. **05** 255 (Dresden). Der Ausdruck „sich zu Diensten verdingen" ist begrifflich gleichbedeutend mit „sich gegen Entgelt zu Diensten verpflichten"; er erfordert nicht, daß eine persönliche Abhängigkeit und Unterwerfung unter den Willen des Dienstherrn vorliegen müsse, noch, daß der Dienstpflichtige die zugesagte Tätigkeit in Person auszuführen habe. — **c)** OLG. **11** 361 (Dresden). Der Heimarbeiter genießt das Vorrecht des Liedlohns, auch wenn er nicht im Zeit-, sondern Stücklohn beschäftigt war und sich zur Ausübung der Arbeiten eines Gehilfen bediente. — **d)** OLG. **10** 204 Anm. 1 (BayObLG.). § 61 Ziff. 1 ist nicht anwendbar auf den Unternehmer einer als Wandertruppe auftretenden Singspielgesellschaft, der sich dem Gemeinschuldner gegenüber verpflichtet hat, in dessen Etablissement mit seiner Truppe gegen bestimmte Vergütung für jeden Spieltag Vorstellungen zu geben. — **e)** LG. I Berlin, KGBl. **05** 116 f. § 611 BGB. Ziff. 4g.

3. Ziff. 2. R. **05** 475 Nr. 1885 (Stuttgart). Unter den „öffentlichen Abgaben" versteht das Gesetz nur Abgaben im engeren Sinne, Steuern und den Steuern ähnliche Abgaben.

4. Ziff. 3. Saucke, JW. **05** 278. Die Forderungen der Berufsgenossenschaften auf Mitgliedsbeiträge haben das Vorrecht aus § 61 Ziff. 3 KO.

5. Ziff. 5. **a)** **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1098. Bevorrechtigt sind nicht bloß solche Forderungen, welche gegen den Gemeinschuldner als gesetzlichen Verwalter vermöge der Verwaltung entstanden sind, sondern auch auf einem anderen Grunde beruhende Forderungen, wenn sie nur von dem gesetzlichen Verwaltungsrechte mitumfaßt werden. Der Umstand, daß der Gemeinschuldner selbst der Schuldner ist, bildet keinen Grund, weshalb die Forderung von der ihm als Vater gesetzlich zustehenden Verwaltung ausgeschlossen gewesen sein könnte. — **b)** OLG. **10** 210, R. **05** 255 Nr. 1200, ZBlFG. **5** 795 Nr. 746 (Dresden). Sind Hypotheken der unmündigen Kinder für Darlehne, die ihr Vater aufgenommen und in seinem kaufmännischen Geschäfte für sich verwendet hat, verpfändet worden, so wird durch diese Umwandlung dieser Hypotheken- in Darlehnsforderungen an dem Bestehen des väterlichen Verwaltungsrechts an sich nichts geändert; sie führt nur dazu, daß die Kinder an Stelle des Pfandgrundstücksbesitzers den Vater als Schuldner erlangt haben. Den Kindern muß das für ihre Darlehnsforderungen im Konkurse des Vaters beanspruchte Vorzugsrecht zugestanden werden. Daß bei der Begründung des Darlehnsschuldverhältnisses ein Pfleger mitgewirkt hat und daß der Gemeinschuldner verpflichtet worden ist, die Darlehnssumme in Raten zu Händen des Pflegers zurückzuzahlen, steht nicht ent-

gegen. — **c)** SeuffA. **60** 340 (Hamburg). In einem über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft eröffneten Konkurse ist der überlebende Ehegatte in seiner Eigenschaft als lebender Repräsentant des Gesamtguts Gemeinschuldner; der verstorbene Ehemann, der als Vormund bestellt war, kann nicht als Gemeinschuldner in Betracht kommen. Die Vorschrift im § 61 Ziff. 5 ist sinngemäß anzuwenden; als Forderungen der Mündel des „Gemeinschuldners" haben diejenigen Forderungen der im § 61 Ziff. 5 näher bezeichneten Art zu gelten, die das Gesamtgut zu der maßgeblichen Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bereits als Schulden des bis dahin zur Verfügung über das Gesamtgut berechtigten Ehemanns belasteten.

§ 63. Darüber, ob die Forderung der Stiftung gegen den Stifter auf Übertragung des im Stiftungsgeschäfte zugesicherten Vermögens eine Forderung aus einer Freigebigkeit ist, s. Jacke o. BGB. § 82 Ziff. 2.

§ 64. 1. **a)** **RG. 59** 367, JW. **05** 89 Nr. 40, R. **05** 111, DJZ. **05** 218. Die Rechtsstellung des Konkursgläubigers, welcher dann, wenn ihm der Gemeinschuldner fremde Sachen (Wertpapiere) zum Pfand gegeben hat, für den vollen Betrag seiner Forderung verhältnismäßige Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen und daneben für den Ausfall, den er im Konkurs erleidet, sich an sein Pfand halten kann, kann nicht dadurch geändert werden, daß der Konkursverwalter nach der Konkurseröffnung die Sachen zu Eigentum der Masse erwirbt. Grundsätzlich ist für die Rechtsstellung der Zeitpunkt der Konkurseröffnung maßgebend. — **b)** WürttJ. **17** 226, R. **05** 596 Nr. 2490 (Stuttgart). Die Bestimmung findet auf das Pfandrecht an den Gegenständen, welche nicht zur Konkursmasse gehören, keine Anwendung. Dabei bleibt es auch dann, wenn der betreffende Gegenstand nachträglich an die Konkursmasse abgetreten wird.

2. *Merckens, DNotV. **05** 606 ff. Diese Bestimmung ist bei einer Sicherungsübereignung entsprechend anzuwenden, sie gilt dagegen nicht für das Aufrechnungsrecht. Vgl. zu § 53 KO.

§ 68. **a)** **RG.** R. **05** 505 Nr. 2028. Der Konkursgläubiger kann die ihm von einem anderen Konkursgläubiger zur Sicherung für seine Forderung zedierte Konkursforderung zum vollen Betrage neben der gesicherten Forderung bis zur völligen Tilgung der letzteren geltend machen. — **b)** R. **05** 137 (BayObLG.). Der Gläubiger ist berechtigt, im Konkurs eines von mehreren Gesamtschuldnern die volle Forderung geltend zu machen. Eine Teilzahlung, die er nach der Eröffnung erhielt, braucht er sich nicht kürzen zu lassen.

Zweites Buch. Konkursverfahren.

Erster Titel. Allgemeine Bestimmungen.

§ 72. Kuntze, DJZ. **04** 1035. § 157 Abs. 2 ZPO. ist im Konkursverfahren entsprechend anzuwenden.

§ 83. **RG.** HessRspr. 6 65, R. **05** 533 Nr. 2196. Zu einer Kontrolle der zur Konkursmasse eingehenden Gelder und zu einem Einschreiten gegen den Konkursverwalter ist der Konkursrichter nur dann verpflichtet, wenn er durch Anträge von Beteiligten oder auf andere Weise Kenntnis von einer Pflichtwidrigkeit des Konkursverwalters erhält.

§ 85. Literatur: Fund, Vollstreckbarkeitserklärung des Honorarfestsetzungsbeschlusses in Konkurssachen, R. **05** 310.

1. PosMSchr. **04** 172, SeuffA. **60** Nr. 137, R. **05** 137 Nr. 636 (Marienwerder). Die gerichtlich festgesetzte Vergütung des Konkursverwalters kann der Gemeinschuldner nicht bemängeln, wenn sie in die Schlußrechnung eingestellt war und gegen diese im Abnahmetermine keine Einwendung erhoben ist.

2. DJZ. **05** 416 (Darmstadt). Weder § 78 noch § 87 RAGebO. ist analog anwendbar. Der Konkursverwalter wird nur für seine im Konkursverfahren aufgewendete Tätigkeit, nicht für Versäumnis in sonstiger Erwerbstätigkeit entschädigt. Für Reisen im Interesse des Konkursverfahrens sind nur Transportkosten, keine Tagegelder zu ersetzen. Die Erhebung und Ablieferung von Geldern wird durch das Honorar entlohnt.

3. Fund, R. **05** 310. Die Vollstreckbarkeitserklärung des das Honorar des Verwalters festsetzenden Beschlusses des Konkursgerichts ist zulässig. Die Frage wird praktisch beim Vorliegen eines Zwangsvergleichs. Der Beschluß ist, nachdem der Zwangsvergleich geschlossen, in ganzer Höhe für vollstreckbar zu erklären.

§ 87. SächsOLG. **25** 543, SeuffA. **60** 41. Juristische Personen können zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses gewählt werden. — Der Gläubigerausschuß hat die Funktionen eines gesetzlichen Hilfsorgans der Konkursverwaltung, dessen Aufgabe in der Unterstützung und Überwachung des Verwalters bei seiner Geschäftsführung besteht. Der Gläubigerausschuß handelt nicht als Mandatar der Konkursgläubiger, sondern als ein vom Gesetze für die Durchführung der Zwecke des Konkurses geschaffenes Organ des Verfahrens.

§ 93. Literatur: Fiori, Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht. Zürich 1905. — Voß, Die Gläubigerversammlung als Organisation der Konkursgläubiger im Sinne des § 3 KO., ACivPrax. **97** 396—440.

*Voß, ACivPrax. **97** 396 ff. Die selbstverwaltende Mitwirkung der Gläubiger im Konkursverfahren ist in der Gläubigerversammlung zu prozeßrechtlicher Einheit zusammengefaßt. Jeder Konkursgläubiger im Sinne des § 3 KO. hat den prozeßrechtlich gewährleisteten Anspruch, zu jeder ihn betreffenden Gläubigerversammlung geladen zu werden. Sein Stimmrecht ist ein Zubehör seiner Forderung, das sich je nach der größeren oder geringeren Unwidersprechlichkeit dieser in verschiedener Gestalt ausübt. Grundlage des Stimmrechts sind also Bestandteile der Schuldenmasse, zwischen denen materiell Gemeinschaft nicht besteht. Aus der prozeßrechtlichen Stellung ergibt sich für den einzelnen die Anwendung der Versäumnisfolgen und das Beschwerderecht gegen die Leitung des Gerichts. Als Einheit steht die Gläubigerversammlung in einem besonders gearteten Repräsentationsverhältnis zur Gläubigerschaft. Ihre Beschlüsse sind Einheitsbeschlüsse, nicht Mehrheitsbeschlüsse wie bei Gesellschaftern oder Gemeinschaftern des bürgerlichen Rechtes. Sie selbst ist nicht Rechtssubjekt. Sie ist Beschlußkörper, nicht Verwaltungskörper, im Gegensatze zu dem zur Fassung von Einheitsbeschlüssen nicht berufenen Gläubigerausschuß. Die gleiche Unabhängigkeit steht der Gläubigerversammlung auch bei Schließung des Zwangsvergleichs zu, dessen Bestätigung nicht Genehmigung nach § 184 BGB., nicht Handlung vermundschaftsgerichtlicher Fürsorge, sondern rechtspolizeilicher Aufsichtsgewalt ist.

Zweiter Titel. Eröffnungsverfahren.

§ 102. **RG.** R. **05** 83 Nr. 347. Für die Annahme der Zahlungsunfähigkeit kann von Bedeutung sein, ob die Gläubiger den Schuldner für zahlungsunfähig gehalten haben oder nicht. Haben sie zwar gemahnt, aber in der Hoffnung, der Schuldner werde noch in den Besitz barer Mittel gelangen, Geduld gehabt, so haben sie ihn selbst nicht für zahlungsunfähig betrachtet, ihm vielmehr Kredit gewährt, und Zahlungsunfähigkeit liegt dann nicht vor.

§ 104. Literatur: Burghart, Kann von dem Gemeinschuldner die Einreichung eines Gläubiger- und Schuldnerverzeichnisses durch Vorführung oder Anordnung der Haft erzwungen werden? JustdRundsch. **05** 270.

Burghart, JustdRundsch. **05** 270. § 104 stellt sich als Ausnahme dar und ist auf § 105 nicht analog anzuwenden. Weigert sich der Gemeinschuldner (auch stillschweigend), nach der auf seinen Antrag erfolgten Eröffnung des Kon-

kursverfahrens das Gläubiger- und Schuldnerverzeichnis vorzulegen, so kann das Konkursgericht die Vorführung, diese auch ohne vorherige Androhung, und die Haft nach Anhörung des Gemeinschuldners anordnen. Diese Anordnung darf jedoch nie erlassen werden, wenn der Gemeinschuldner nicht Antragsteller war und der Gerichtsschreiber das Gläubiger- und Schuldnerverzeichnis nur benötigt, um die nach § 111 Abs. 3 KO. erforderlichen Zustellungen betätigen zu können.

§ 113. Vgl. o. Ziff. 2 zu § 7.

Dritter Titel. Teilungsmasse.

§ 117. Literatur: Voß, Die Besitzergreifung des Konkursverwalters, BuschsZ. 34 193. — Ders., Gibt § 117 KO. dem Verwalter das Recht zu eigenmächtiger Besitznahme? DJZ. 05 354.

a) *Voß, BuschsZ. 34 193 ff. Der Konkursverwalter ist dem Gemeinschuldner gegenüber nicht Zeitbesitzer im Sinne des § 868 BGB. Sein Fremdbesitz ist nicht um der Möglichkeit willen da, Massesachen demnächst an den Gemeinschuldner zurückgeben zu müssen, sondern er hat den Übergang des Eigentums auf einen künftigen Sacherwerber zum Ziele (207). Nur der Eigenbesitz des Gemeinschuldners wird in dem Fremdbesitze des Verwalters als Grundlage fortdauernder Ersitzung aufrechterhalten. — Ebenso wird bei Pfändung körperlicher beweglicher Sachen stets unmittelbarer Besitz und zwar bei Belassung im Gewahrsame des Schuldners mittels Handlungen von dauernder und gemeinverständlicher Nachwirkung ergriffen (214). Demgegenüber kann der Schuldner wohl Mitbesitzer, aber nicht mittelbarer Besitzer im Sinne des § 868 BGB. bleiben. Dem widersprechen die Vorschriften der ZPO. über die Anschlußpfändung, die ein fortdauerndes Verfügungsrecht des Schuldners über das Pfandstück in jeder Beziehung ausschließen (216) und die insoweit übereinstimmenden Geschäftsanweisungen für die Gerichtsvollzieher Preußens, Bayerns, Sachsens. — Der Gemeinschuldner steht der Besitzergreifung des Konkursverwalters als duldender Teil gegenüber. Die Besitzergreifung des letzteren steht sachlich der Entscheidungstätigkeit des Gerichtsvollziehers gleich (221). Der Gerichtsvollzieher ist zum Zwange neben dem Konkursverwalter nur in der Form des § 892 ZPO. berufen. Gegen die Besitzergreifung des Konkursverwalters ist, auch wenn ein Gerichtsvollzieher nicht zugezogen ist, der Gemeinschuldner zu Anträgen usw. nach § 766 ZPO. befugt (abw. RG.); allerdings nur dann, wenn der Verwalter auf Grund tatsächlichen Zugriffs in den Besitz der Sachen gelangt ist (229). — b) Voß, DJZ. 05 354 f. Der Verwalter braucht einen schriftlichen oder mündlichen Widerspruch des Schuldners gegen die von ihm versuchte Besitznahme nicht zu beachten, er kann auch mit der Besitznahme vorgehen, wenn der Schuldner durch ein zufälliges Ereignis an dem Widerstande gegen die Maßregeln des Konkursverwalters gehindert wird. Bricht der Verwalter den Widerstand des Kridars eigenmächtig, so handelt er pflichtwidrig; dagegen darf mit Fug bezweifelt werden, daß der Schuldner von dem Verwalter oder dessen Amtsnachfolger nach § 861 BGB. schlechthin die Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes verlangen darf.

§ 118. OLG. 10 212, R. 05 255 Nr. 1201 (Hamburg). Eine Verpflichtung der Forderungspfandgläubiger, dem Verwalter ihre Absonderungsansprüche anzuzeigen, läßt sich aus § 118 nicht entnehmen.

§ 127. RG. 58 12. Eine vorgängige Pfändung ist nicht erforderlich, wenn der Konkursverwalter die Verwertung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein Faustpfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht, nach Maßgabe der Vorschrift über die Zwangsvollstreckung betreiben will.

§ 132. Literatur: Haberstumpf, Die Auskunftspflicht des Konkursverwalters gegenüber den Konkursgläubigern, JustdRundsch. **05** 325 ff.

*Haberstumpf, JustdRundsch. **05** 325 ff. Der einzelne Konkursgläubiger ist nicht berechtigt, von dem Konkursverwalter außerhalb der Konkurstermine, insbesondere also nach dem Wahltermine, während des Verfahrens über den Stand des Konkurses im allgemeinen (z. B. auch über die mutmaßliche Konkursdividende) Auskunft zu fordern, wenn nicht ein diesbezüglicher Beschluß der Gläubigerversammlung nach § 132 Abs. 2 KO. vorliegt. Ein bestellter Gläubigerausschuß kann ganz unabhängig davon, was die Gläubigerversammlung beschlossen hat, von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung verlangen. Ist ein Gläubigerausschuß nicht bestellt und hat auch die erste Gläubigerversammlung oder eine spätere Versammlung nichts über die Auskunftspflicht des Konkursverwalters beschlossen, so hat den Gläubigern gegenüber der Konkursverwalter nur die Verpflichtung, bei Beendigung seines Amtes Rechnung zu legen. Vorher über die Sachlage Bericht zu erstatten, obliegt dem Konkursverwalter nur gegenüber dem Konkursgericht als Aufsichtsbehörde auf dessen Verlangen. Gegenüber den Konkursgläubigern betreffs der Feststellung ihrer einzelnen Forderungen ist der Verwalter auch während des Verfahrens vor dem Schlußtermin insoweit auskunftspflichtig, als die Verweigerung der Auskunft der Konkursmasse oder dem Gläubiger Schaden bringen könnte.

Vierter Titel. Schuldenmasse.

§ 145. 1. **RG.** R. **05** 316 Nr. 1508, JW. **05** 390 Nr. 8. Wenn auch eine Forderung als Masseschuld und nur eventuell als Konkursforderung angemeldet ist und demzufolge in die Tabelle eingetragen wurde, so kann doch der in dem Prüfungstermine erfolgten Prüfung und der Eintragung des Ergebnisses „festgestellt" in die Konkurstabelle nicht die Bedeutung zukommen, daß die Forderung als Masseschuld festgestellt worden wäre. Gegenstand des Prüfungs- und Feststellungsverfahrens sind nur die Konkursforderungen; Aussonderungs- und Masseansprüche sind außerhalb dieses Verfahrens gegen den Konkursverwalter zu verfolgen und von diesem zu befriedigen.

2. **RG.** JDR. **3** Note 1 zu § 145, s. auch **RG. 58** 369.

§ 146. 1. OLG. **11** 371 (Karlsruhe). Der klagende Verwalter kann die negative Feststellung bezüglich einer angemeldeten Forderung nicht nach § 146 KO. begehren (JW. **00** 393, **03** 315). Dagegen steht ihm jene Klage nach § 256 ZPO. zu. Insofern in der Anmeldung einer Konkursforderung ein Berühmen des Gläubigers gefunden wird, so folgt daraus allein für den Verwalter noch kein rechtliches Interesse.

2. Abs. 3. OLG. **11** 362, SeuffA. **60** 165 (Hamburg). Das die Ernennung eines Schiedsrichters betreffende Verfahren kann gemäß Abs. 3 gegen den bestreitenden Verwalter aufgenommen werden.

3. Abs. 4. OLG. **11** 363 (Karlsruhe). Ist eine Forderung als Gehalt zur Tabelle angemeldet, so hat nach Aufnahme des Rechtsstreits das Gericht nur noch zu prüfen, ob die bestrittene Gehaltsforderung begründet sei. Es kann nicht in Frage kommen, ob der Kläger Anspruch auf Entschädigung habe, weil er infolge des Vertragsabschlusses verhindert gewesen sei, sich eine andere Erwerbstätigkeit zu verschaffen, und sich deshalb der Klaganspruch rechtfertige.

4. Abs. 6. OLG. **11** 364, R. **05** 255 Nr. 1202 (Colmar). Der Widersprechende kann die Klage auf Aufhebung eines gegen den Gemeinschuldner ergangenen Urteils nicht lediglich auf die Behauptung stützen, daß dem Beklagten eine Forderung gegen den Gemeinschuldner aus dem Urteile nicht zustehe; er kann sich vielmehr nur der Rechtsbehelfe bedienen, mit denen auch der Gemein-

schuldner widersprechen könnte, falls kein Konkursverfahren schwebte. Vorliegend also, wo der Verwalter die Forderung anerkannt hat, eine Anfechtung demnach ausgeschlossen ist (§ 36), könnte nur die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage oder die Klage aus § 767 ZPO. Platz greifen.

§ 147. *Walsmann, Streitgen. Nebenintervention 184, lehnt hier eine Rechtskrafterstreckung ab und versagt deshalb für den Fall, daß bei Mehrzahl der Opponenten einer im Prozesse des anderen interveniert, dem Nebenintervenienten die Befugnisse aus § 69 ZPO.

Fünfter Titel. Verteilung.

§ 162. OLG. **11** 366 (Stuttgart). Dem Konkursgläubiger, dessen angemeldete und festgestellte Forderung versehentlich als erledigt in der Tabelle gestrichen und bei der Schlußverteilung nicht berücksichtigt worden ist, ist insolange, als ihm kein besseres Recht zur Seite steht, die Bereicherungsklage gegen die anteilmäßig befriedigten Konkursgläubiger zu versagen. AM. Seuffert, Konkursproz. 376, Jäger, KO. 158 Anm. 10, **RG. 23** 54.

§ 164. Literatur: Meyer, Der frühere Vollstreckungstitel und die konkursmäßige Feststellung, BayRpflZ. **05** 38. — Steiner, Ist die Eintragung in die Konkurstabelle ohne weiteres vollstreckbar, wenn die Forderung eines Absonderungsberechtigten „nur für den Ausfall" festgestellt wurde? BayRpflZ. **05** 173.

Sechster Titel. Zwangsvergleich.

Literatur: Herzfelder, Das Problem der Kreditversicherung mit besonderer Berücksichtigung der berufsmäßigen Auskunftserteilung und des außergerichtlichen Vergleichs. Leigzig 1904. — Jäger, Der Vergleich zur Abwendung des Konkurses, DJZ. **05** 753. — Kühlewein, Zur Frage des gerichtlichen Zwangsvergleichs ohne Konkurs, BayRpflZ. **05** 295. — Kohler, Präventivakkord in Griechenland, BuschsZ. **34** 536. — Königе, Der österreichische Gesetzentwurf über die Einberufung der Gläubiger wegen eingetretener oder drohender Zahlungseinstellung, R. **05** 449. — Philippsohn, Der gerichtliche Zwangsvergleich außerhalb des Konkurses, JW. **05** 473. — Strauß, Das außergerichtliche Arrangement und seine gesetzliche Regelung, HessRspr. **6** 118. — Wagner, Der Schuldnachlaß, ein Versuch zur Regelung eines Zwangsvergleichs außerhalb des Konkursverfahrens. Berlin 1904.

§§ 173 ff. **a)** *Jäger befürwortet in seinem Aufsatze DJZ. **05** 753 ff. die gesetzliche Einführung eines gerichtlichen Zwangsvergleichs zur Abwendung des Konkurses und stellt für die wichtigsten Fragen Vorschläge de lege ferenda auf. — **b)** *Strauß, HessRspr. **6** 118 ff., weist auf die Unsicherheit in der Rechtsprechung bezüglich der Wirkung der Bevorzugung einzelner Gläubiger hin. Bestritten sind namentlich drei Fragen: α. Ist die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger stillschweigende Bedingung für den Beitritt eines Gläubigers? — β. Wie wirkt die Begünstigung eines Gläubigers, wenn gleichmäßige Befriedigung ausbedungen war? — γ. Wie wirkt die Bevorzugung eines Gläubigers durch Dritte? Die Auffassung der Kaufmannswelt ist Liquidierung des Schuldnervermögens mit anteilmäßiger Verteilung; Scheinzustimmungen einzelner Gläubiger, die durch Privatabkommen begünstigt werden, sind, gegen Treu und Glauben verstoßend, entgegen der Ansicht des RG. ungültig, evtl. sogar strafbare Beihilfe zum Betrug. Auch das beliebte Aufkaufen von Forderungen ist unzulässig und anfechtbar. Strauß verlangt ein Arrangementsgesetz, wie es England, Frankreich, Belgien, Italien und die Schweiz bereits haben. Als Vorbild soll das italienische Gesetz gelten: Jeder Kaufmann kann nach diesem einen Vergleichsantrag stellen, wenn Tagebuch und Inventar der letzten drei Jahre in Ordnung sind und er 40 pCt. bietet. — Zur Annahme bedarf es der Dreiviertelmajorität, kein Stimmrecht haben die nahen Verwandten und Personen, die im letzten Jahre Forderungen angekauft haben. Das Gericht bestätigt oder verwirft den Vergleich, im letzteren Falle eröffnet es sofort den Konkurs. —

c) SächsA. **15** 730 (Dresden). Ein Abkommen, durch das ein Gläubiger bei einem Akkorde seines Schuldners sich heimlich besondere Vorteile versprechen läßt, ist nichtig auch gegenüber dem Akkordbürgen (BGB. § 138). — d) OLG. **10** 188, R. **05** 255 Nr. 1182 (KG.). Beim außergerichtlichen Verteilungsverfahren, worauf nach der Vereinbarung der Gläubiger die Bestimmungen der Konkursordnung entsprechende Anwendung finden sollen, ist dem einzelnen Gläubiger das Klagerecht nicht versagt. Er würde sonst schlechter dastehen als der Konkursgläubiger, der durch die Feststellung seiner Forderung zur Tabelle einen vollstreckbaren Titel erhält. Der Gläubiger darf jedoch den gegen den Schuldner erlangten Schuldtitel erst nach der Beendigung des Verfahrens und nicht in die Verteilungsmasse vollstrecken. — Die Verurteilung des Schuldners hat mit der Einschränkung zu erfolgen, die sich aus dem Abkommen ergibt.

§ 173. OLG. **11** 364 (Naumburg). Der Zwangsvergleich wird nur zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern geschlossen. Dies schließt nicht aus, daß ein Dritter im Zwangsvergleichsvorschlage auch zugunsten der bevorrechtigten Gläubiger Bürgschaft übernimmt. Näheres o. § 765 BGB. Ziff. 7.

§ 193. 1. OLG. **10** 214, R. **05** 255 Nr. 1203 (Frankfurt). Die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Aufrechnungsbefugnis eines Konkursgläubigers wird durch den teilweisen Untergang der Konkursforderung infolge Zwangsvergleichs nicht berührt.

2. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 49 ff. Der Vorgemerkte kann von vornherein auf das Recht aus § 193 verzichten; der Verzicht bedarf der Eintragung ins Grundbuch.

§ 194. OLG. **10** 216, R. **05** 255 Nr. 1204 (Dresden). Der Vergleichsbürge muß seine Erklärung, wenn der Vergleich gegen ihn vollstreckbar sein soll, im Termin in Person oder durch einen gehörig ausgewiesenen Bevollmächtigten abgeben.

Achter Titel. Besondere Bestimmungen.

Literatur: Meunier-Dolfus, Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire dans les rapports internationaux. Paris 1904. — Rosenmeyer, Gesamtvermögenskonkurs (Erbenvermögen und Nachlaß), BuschsZ. **33** 263. — Sacerdoti, L'action Paulienne dans le système de l'unité internationale de la faillite, Revue de droit international et de législation comparée **35** 187 ff. — Wolff, Über die auf Grund eines Defektenbeschlusses eingetragene Sicherungshypothek im Nachlaßkonkurse, Pr. VerwBl. **26** 887.

§ 210. OLG. **10** 212 (KG.). Die Vorschrift § 210 letzter Satz ist zwingend; daß sich der Gesellschafter, der nicht gehört worden ist, in seiner Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß in substantiierter Weise dahin ausgelassen hat, daß und weshalb der Konkursantrag nicht gerechtfertigt sei, ist zur Erfüllung des § 210 nicht genügend.

§ 213. 1. Konkurseröffnung über das Vermögen einer für nichtig erklärten GmbH. JDR. **3** Note 1 zu § 213 KO., s. auch SeuffA. **60** 410, Gruchots Beitr. **49** 1100.

2. Über die Stellung des nicht rechtsfähigen Vereins im Konkurse s. o. § 54 BGB. Ziff. 6.

§ 219. *Rosenmeyer, BuschsZ. **33** 263. Nach einmal eröffnetem Gesamtvermögenskonkurse ist es nicht mehr möglich, die Nachlaßmasse aus der Konkursmasse herauszuziehen (275); abw. insbes. Jäger § 219. Was im übrigen die Behandlung der Nachlaßgläubiger anlangt, so ist zu scheiden, ob der Erbe die Beschränkbarkeit seiner Haftung bereits verloren hat oder nicht. Im ersteren Falle stehen Nachlaßgläubiger und Erbengläubiger einander gleich, die Bestimmungen der §§ 225, 230, 228 KO. sind nicht anwendbar; die Massegläubiger

beider Massen werden gleichmäßig befriedigt. Die gemäß §§ 1973/74 BGB. ausgeschlossenen Gläubiger, die nur einen Konkursteilnahmeanspruch haben, erhalten nur soviel aus der Gesamtmasse, als der Nachlaß ihnen hätte bieten können. Hat der Erbe die Beschränkbarkeit seiner Haftung dagegen noch nicht verloren, so erhalten die Nachlaßgläubiger in den Fällen der allein in Betracht kommenden §§ 1990—1992 BGB. (die Fälle der Absonderung des § 1975 BGB. sind mit dem Gesamtvermögenskonkurse begrifflich unvereinbar) nicht mehr aus der Masse, als der Nachlaß hätte bieten können (289). Die Bestimmungen der §§ 225, 228, 230 KO. sind anwendbar. Die Nachlaßmassegläubiger dürfen nicht mehr bekommen, als ihnen der Nachlaß hätte bieten können (273).

§ 221. OLG. **10** 217, R. **05** 255 (Hamburg). Zwischen den eigenen Gläubigern der Erben und den Nachlaßgläubigern unterscheidet § 221 nicht.

§ 224. Ziff. 5. **RG. 60** 30, DNotV. **05** 662. Wechsel, die ein Testamentsvollstrecker für eine von ihm anerkannte Forderung an den Erblasser ausstellt, indossiert oder akzeptiert, begründen eine Masseforderung. Die von Wolff, KO. 227 aufgestellte gegenteilige Behauptung ist zurückzuweisen, da sie mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes in Widerspruch steht. Ebenso sind Masseschulden die dem Testamentsvollstrecker auferlegten Prozeßkosten. Die DNotV. bemerkt hierzu: Das Interessante an dieser Entscheidung ist die Entdeckung, daß man beim Tode des Schuldners jeder persönlichen Forderung für den Fall des Konkurses die Stellung einer Masseforderung dadurch sichern kann, daß man sich vom Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger Wechsel darüber ausstellen läßt. Die Testamentsvollstrecker und Nachlaßpfleger seien indes darauf aufmerksam gemacht, daß sie sich durch solche Begünstigung einzelner Gläubiger den übrigen verantwortlich machen würden.

§ 225. 1. ThürBl. **52** 90, R. **05** 198 Nr. 899 (Jena). Die Bestimmung des § 225 Abs. 2 KO. bezieht sich nur auf das Verhältnis zwischen dem Erben, dem Nachlaß und dem befriedigten Nachlaßgläubiger, die Bestimmung über die gesetzliche Zession hat nur die Forderung des Gläubigers gegen den Nachlaß zum Gegenstande.

2. Zur Anwendbarkeit im Gesamtvermögenskonkurs s. zu § 219 KO.

§ 226. Ziff. 5. Gegen die Ansicht von Dernburg (Erbrecht 269), welcher die Bestimmung, daß die Legatare im Nachlaßkonkurse post omnes stehen, auf solche Legatare nicht beziehen will, welchen der Erblasser durch Erbvertrag wegen gewährter Verpflegung ein Vermächtnis zugewendet hat, wendet sich mit eingehender Begründung *Jastrow, BuschsZ. **34** 498.

§§ 228, 230. Zur Anwendbarkeit im Gesamtvermögenskonkurs s. zu § 219 KO.

Drittes Buch. Strafbestimmungen.

§ 239. Ziff. 3. **RG.** R. **05** 569 Nr. 2367. Ein Geschworenenspruch, welcher den Angeklagten für schuldig erklärt, sowohl Handelsbücher, deren Führung ihm gesetzlich oblag, zu führen unterlassen, als auch Handelsbücher so geführt zu haben, daß sie keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren, ist in sich widersprechend, da ein Unterlassen der Führung von Handelsbüchern im Sinne des § 239 Ziff. 3 KO. nur dann vorliegt, wenn überhaupt keine Handelsbücher geführt worden sind.

§ 240. 1. Ziff. 2. **RG.** R. **05** 318 Nr. 1541, DJZ. **05** 964 Nr. 49. Die Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, liegt auch dann vor, wenn der Schuldner bei Vornahme der im § 240 Ziff. 2 KO. bezeichneten Handlungen die Hoffnung hegt, daß sie schließlich zur Abwendung der Konkurseröffnung führen werden, und insofern nicht die Absicht hat, die Konkurs-

eröffnung lediglich hinauszuschieben. Doch muß sich wenigstens eventuell mit der Absicht, die Konkurseröffnung zu vermeiden, der Wille verbinden, die Konkurseröffnung hinauszuschieben, falls sie sich nicht verhüten lasse. — Ein „Veräußern oder Weggeben usf." kann auch in dem Verpfänden von Waren gefunden werden.

2. Ziff. 3. **a)** **RG.** R. **05** 113 Nr. 539. Bei der Begründung, inwiefern ein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert habe, ist zu berücksichtigen die Höhe des Betriebskapitals, der Ertrag des Geschäfts, der Umfang der dem Geschäftsbetriebe gewidmeten Räumlichkeiten, die Organisation des Betriebs, namentlich inwieweit Hilfspersonal verwendet, Kredit in Anspruch genommen, Verkehr durch Wechselbegebung vorgekommen ist, und wie die geschäftlichen Beziehungen zu den Lieferanten und den Kunden gestaltet waren. — **b)** **RG.** DJZ. **05** 964 Nr. 48. Die gesetzliche Verpflichtung der offenen Handelsgesellschaft und damit auch jedes Gesellschafters zur Buchführung beruht auf Gründen des öffentlichen Rechtes und kann deshalb durch private Abmachungen unter den Gesellschaftern weder aufgehoben noch beschränkt werden. Eine Abrede, daß die Buchführung allein von einem Gesellschafter beaufsichtigt werden sollte, befreit nicht die anderen Gesellschafter von ihrer gesetzlichen Mitverantwortlichkeit.

3. Ziff. 3 und 4. **RG.** JW. **05** 761 Nr. 6. Die Annahme, daß die Strafvorschrift des § 240 Ziff. 3 und 4 KO., welche Identität des Täters mit dem Schuldner voraussetzt, auf die Angeklagten um deswillen nicht anwendbar sei, weil dieselben nicht Schuldner, sondern als Mitglieder des Grubenvorstandes nur Vertreter der Schuldnerin, der mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Gewerkschaft, seien und eine Ausdehnung der gedachten Strafvorschrift auf die Vertreter einer solchen Gewerkschaft weder durch § 244 KO. noch durch die spätere Gesetzgebung erfolgt sei, ist rechtlich bedenkenfrei.

4. Ziff. 4. **a)** **RG.** JW. **05** 761 Nr. 5. Die Bilanz genügt dann den gesetzlichen Anforderungen, wenn sie für sich allein und unabhängig von anderen Urkunden oder Büchern eine, wenn auch nur summarische Übersicht über das Verhältnis des Vermögens und der Schulden und den jeweiligen Vermögensstand gewährt. Eine Spezifikation der einzelnen Aktiv- und Passivposten ist nicht erforderlich. Die Einsetzung unrichtiger Posten in die Bilanz stellt sich, wenn die Unrichtigkeit der Bilanz nicht auf der Einstellung fingierter Posten, sondern auf der unrichtigen Buchführung beruht, lediglich als unordentliche Buchführung dar, vermag aber nicht die Annahme unterlassener Bilanzziehung zu begründen. — **b)** **RG.** JW. **05** 761 Nr. 7. Anzuerkennen ist es, daß die Beziehung zwischen einer Unterlassung der Bilanzziehung und der Eröffnung eines Konkurses dann ausgeschlossen ist, wenn schon vorher nach der unterlassenen Bilanzziehung ein anderes Konkursverfahren über das Vermögen derselben Person eröffnet war. Dem Falle der Konkurseröffnung kann aber der Fall eines sog. stillen Akkords nicht schlechthin gleichgesetzt werden.

§ 241. **RG.** JW. **05** 761 Nr. 8. Der § 241 KO. hat nicht zur Voraussetzung, daß tatsächlich den anderen Gläubigern durch die Bevorzugung des einen ein Schaden erwachsen ist, ebensowenig, daß die Sicherung des begünstigten Gläubigers einen tatsächlichen Erfolg für diesen gehabt hat, vgl. **RG.** (Strafs.) **30** 261. Deshalb ist es unerheblich, ob die Sicherstellung im Wege der Anfechtung beseitigt werden konnte.

Einführungsgesetz zu dem Gesetze betr. Abänderungen der Konkursordnung.

Vom 17. Mai 1898.

Art. VI. *Königsberger, WürttZ. **05** 353. Für die Frage, ob die statutarische Nutznießung des früheren württembergischen Rechtes (vgl. o. zu ZPO. § 862 Ziff. 2a) zur Konkursmasse gehört, gilt noch § 1 Abs. 2 der alten KO. Danach ist die Frage sowohl für den Konkurs über das Vermögen des überlebenden als für den über den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zu bejahen. Dagegen gilt für die nach 1. 1. 00 durch Ehe- und Erbvertrag begründete lebenslängliche Nutznießung das neue Recht. Soweit sie nicht an dem Vermögen gewaltunterworfener Kinder besteht, gehört sie, weil insoweit pfändbar, zur Konkursmasse des überlebenden Ehegatten. Im Nachlaßkonkurs ist sie als Nachlaßverbindlichkeit nach § 226 Abs. 2 Ziff. 5 KO. zu behandeln.

Anfechtungsgesetz.

Literatur: Hellmann, Die rechtliche Natur der Gläubigeranfechtung, SeuffBl. **05** 401. — Jäger, Kommentar, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses. Berlin 1905. — Ders., Die Form der Gläubigeranfechtung, DJZ. **05** 129. — Kurlbaum, Über das Geltendmachen der Gläubigeranfechtung, JW. **05** 5. — Planck, Anfechtung von Eheverträgen durch die Gläubiger eines der Ehegatten, DJZ. **05** 561. — Rintelen, Zum Anfechtungsrechte, R. **05** 240. — Walsmann, Der Einfluß der Konkurseröffnung auf die Einrede des Gläubigeranfechtungsrechts, JheringsJ. **49** 297.

§ 1. Über Statutenkollision vgl. BadRpr. **04** 30.

§ 2. 1. DJZ. **04** 1041. Anfechtung von fiduziarischen Geschäften.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 353. Dem Gläubiger, der sich bei der Rechtsverfolgung seiner Forderung gegen den Schuldner vor eine fiduziarische Veräußerung von Vermögensteilen des letzteren gestellt sieht, stehen für ein Vorgehen gegen den fiduziarischen Vertreter des Schuldners folgende Wege zu Gebote: a) Die Anfechtung in Gemäßheit des Anfechtungsgesetzes, die jedoch nur in dem Rahmen der dort festgelegten Tatbestände (§§ 3, 3a) und unter den gesetzlich bestimmten Voraussetzungen (§§ 2, 4, 7, 9, 12) erfolgen kann; — b) auf der Grundlage der Gültigkeit der fiduziarischen Übereignung die Geltendmachung der Rechte des Schuldners gegen seinen fiduziarischen Vertreter aus dem Auftragsverhältnisse, — Voraussetzung ist die Pfändung und Überweisung der dem Schuldner gegen den Fiduziar zustehenden Ansprüche; — c) die Verfolgung der Nichtigkeit der zum Zwecke der Verschleierung des Vermögens des Schuldners und Schädigung der Gläubiger vorgenommenen, nach § 138 BGB. nichtigen fiduziarischen Übereignung, falls eine vorsätzliche Vermögensbeschädigung durch den betrügerisch mit dem Schuldner kolludierenden Fiduziar zu erweisen ist, die Schadensersatzklage auf Grund des § 826 BGB. Vgl. hierzu **RG.** GruchotsBeitr. **49** 900.

3. OLG. **10** 223, R. **05** 256 Nr. 1209 (Hamburg). Ist die Annahme, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht führen würde, im Zeitpunkte der Anfechtung begründet und ist damit die Anfechtung befugterweise einmal erhoben, so können sie etwaige spätere Ereignisse nicht nachträglich unzulässig machen.

4. OLG. **11** 368 (Stettin). Es genügt, wenn ein einwandsfreier Titel bei der Urteilsfällung vorliegt (**RG.** **57** 103, **41** 87). Ist die Vollstreckbarkeit des Titels von Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so muß die Sicherheitsleistung wirksam erfolgt sein, bevor das Anfechtungsrecht ausgeübt werden kann

(Petersen-Kleinfeller 779, Cosack, AnfG. 36, Hartmann-Meikel 97; aM. Jaeckel 27, v. Wilmowski 567).

§ 3. Literatur: Meikel, Anfechtbarkeit von Eheverträgen wegen Gläubigerbenachteiligung, SeuffBl. 05 369.

I. Ziff. 1. 1. OLG. **10** 224 (Stettin). Eine Hypothekenbestellung, durch die eine Benachteiligung der Gläubiger herbeigeführt worden ist, unterliegt in ihrem ganzen Umfange der Anfechtung, auch wenn ein Teil der Valuta bar gewährt worden ist.

2. OLG. **10** 227 (Marienwerder). Es kommt nichts darauf an, ob die Benachteiligungsabsicht des Schuldners sich gerade oder auch gegen den anfechtenden Gläubiger richtet. Dadurch, daß zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung der Gläubiger eine rechtsgültige Forderung an den Schuldner nicht hatte, wird dessen Benachteiligungsabsicht nicht ausgeschlossen. Eine Benachteiligungs*absicht* ist auch gegen einen nur eingebildeten Gläubiger möglich; denn die Absicht, wie jede Willensrichtung, wird nicht sowohl bestimmt durch Dinge und Verhältnisse an sich, als vielmehr durch die Vorstellung, die der Handelnde davon hat.

3. **RG.** JW. **05** 442 Nr. 27, R. **05** 596 Nr. 2494. Ein Vertrag über künftige Leistungen unterliegt nicht der Anfechtung, mithin auch nicht eine Vorausverfügung über Vergütungen, die erst noch verdient werden sollen.

4. **RG.** SächsA. **15** 79, R. **05** 198 Nr. 900. Die Benachteiligung der Gläubiger muß spätestens im Zeitpunkte der Anfechtung oder des Urteils gegeben sein. Die Möglichkeit einer künftigen zu diesen Zeitpunkten noch nicht auf den Wert des Gegenstandes der Anfechtung einwirkenden Wertssteigerung hat für die Frage der Gläubigerbenachteiligung außer Betracht zu bleiben.

5. **RG.** DJZ. **05** 458 Nr. 35, GruchotsBeitr. **49** 1115. Im Falle eines außergerichtlichen Stundungsvertrags ist die Übertragung des Vermögens des Schuldners an einen Treuhänder dann nicht anfechtbar, wenn die Übertragung in der Überzeugung geschehen ist, daß *allen* Gläubigern, auch dem anfechtenden, zum Vorteil, jedenfalls nicht zum Nachteile gehandelt werde. Richtig ist zwar, daß kein Gläubiger sich durch Mehrheitsbeschluß eine außergerichtliche Liquidation aufdrängen zu lassen braucht; jeder Gläubiger kann aber den Konkurs beantragen und so bewirken, daß der Treuhänder die übertragenen Vermögensobjekte dem Konkursverwalter herausgeben muß.

II. Ziff. 2. 1. **RG.** SächsA. **15** 79, R. **05** 198 Nr. 901. Die Benachteiligung der Gläubiger muß im Falle des § 3 Ziff. 2 unmittelbar durch den Abschluß des angefochtenen Vertrags herbeigeführt sein. Sie darf nicht auf nachher eingetretenen Umständen (späteren Preissteigerungen usw.) beruhen.

2. OLG. **10** 225 (Stettin). Unter Vertrag ist nicht nur ein obligatorisches, sondern jedes zweiseitige Rechtsgeschäft zu verstehen. Sowohl der Kaufvertrag, wie die Auflassung unterliegen für sich allein der Anfechtung. Durch den Abschluß des Kaufvertrags allein ist der Vollstreckungsgläubiger in keiner Weise benachteiligt; erst durch die Auflassung wird das Grundstück dem Zugriffe des Gläubigers entzogen. Erfolgte die benachteiligende dingliche Verfügung im letzten Jahre, weil eine *Verpflichtung* zu solcher Verfügung zuvor schon bestand, so wird meist eine unlautere Absicht des Verfügenden ausgeschlossen und daher auch von Kenntnis einer solchen bei dem anderen Teile keine Rede sein.

3. SächsOLG. **26** 512. Handelt der Ehemann bei Sicherstellung des Frauenvermögens während der Ehe nur in Erfüllung einer ihm unter den obwaltenden Verhältnissen gegen die Frau obliegenden gesetzlichen Verpflichtung (§ 1391 Abs. 2 BGB.), so unterliegt die Rechtshandlung nicht der Anfechtung. Nur dann, wenn sich nachweisen ließe, daß es dem Ehemanne weniger darum zu tun ge-

wesen sei, der gesetzlichen Pflicht zur Sicherstellung des Heiratsguts zu genügen, als vielmehr allein darum, die Befriedigung der Gläubiger zu hintertreiben, so könnte, wofern die Frau darum wüßte, in Frage kommen, ob das Sicherungsgeschäft nicht gleichwohl der Anfechtung verfiele (SächsA. **11** 629). Indessen wird sich das Bestehen einer derartigen fraudulösen Absicht auf seiten der Eheleute doch immer nur unter ganz besonderen Umständen annehmen lassen.

III. Ziff. 3. 1. **RG. 60** 265. Die Schuldübernahme und die Hypothekenbestellung für eine fremde Schuld sind an sich in der Regel unentgeltliche Verfügungen, zumal wenn die Forderung an den Dritten wertlos ist. Sind die Rechtshandlungen jedoch vom Verfügenden vorgenommen worden, um Kredit zu erlangen, also gegen das Versprechen und in Erwartung einer Gegenleistung, so können sie selbst dann nicht als unentgeltliche angesehen werden, wenn nachträglich der zugesagte Kredit nicht gewährt worden ist.

2. **RG.** JW. **05** 442 Nr. 28, R. **05** 596 Nr. 2493. Die Übernahme der Sicherung rechtlich fremder Verbindlichkeiten im eigenen wirtschaftlichen Interesse ist nicht eine unentgeltliche Verfügung. — Die Absicht, zu benachteiligen, liegt nicht schon dann vor, wenn der Schuldner bei seiner auf einen ganz anderen Zweck gerichteten Handlung das Bewußtsein hat, daß die Gläubiger notwendig dadurch benachteiligt werden.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 901. Bei einer fiduziarischen Zession kann von einer unentgeltlichen Verfügung nicht die Rede sein, da eine Zuwendung zugunsten des Zessionars überhaupt nicht vorliegt. Der Fiduziar erhält allerdings Dritten, namentlich dem Schuldner gegenüber die Stellung des Gläubigers, im Verhältnisse zwischen Zedenten und Zessionar verbleibt aber der erstere Gläubiger. Vgl. hierzu **RG.** GruchotsBeitr. **49** 900 bei § 2.

IV. Ziff. 4. 1. HessRspr. 5 123, R. **05** 169 Nr. 756 (Darmstadt). Eheverträge sind grundsätzlich anfechtbar; im einzelnen kommt es auf ihren Inhalt an.

2. Planck, DJZ. **05** 561. Ein Ehevertrag, durch welchen an die Stelle eines bestehenden Güterstandes ein anderer Güterstand, insbesondere der der Gütertrennung gesetzt wird, ist als solcher niemals eine unentgeltliche Verfügung (gegen **RG. 57** 81). Wenn unter Beibehaltung des bisherigen Güterstandes durch Ehevertrag in einer einzelnen Beziehung eine Änderung vereinbart wird, so kann in einer solchen Vereinbarung möglicherweise eine unentgeltliche Verfügung liegen. Möglich ist, daß ein den Güterstand ändernder Ehevertrag unter die Bestimmung des § 3 Ziff. 2 fällt.

3. *Meikel, SeuffBl. **05** 369 ff. Die Anfechtbarkeit von Eheverträgen wegen Gläubigerbenachteiligung: a) Trotz der Streichung des 2. Halbsatzes im § 3 Nr. 4 AnfG., § 25 Nr. 2 KO. durch die Konkursnovelle ist eine Änderung des bisherigen Rechtes nicht eingetreten (371). — b) Eheverträge sind nur solche Verträge, durch welche die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln (372). — c) Nichtige Eheverträge bedürfen nicht der Anfechtung, doch ist die Anfechtung auch nicht ausgeschlossen. Kumulierung des Klagegrundes der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit des Ehevertrags ist zulässig (373). — d) Eheverträge sind der Anfechtung nicht entzogen (374); sie können unter denselben Voraussetzungen, wie irgendeine andere Rechtshandlung angefochten werden. — e) Ob sich Eheverträge als entgeltliche oder unentgeltliche Verfügungen darstellen, kann nur nach Lage des einzelnen Falles an der Hand der allgemeinen Grundsätze beurteilt werden (376). — f) Besteht eine Verpflichtung zur Aufhebung des Güterstandes (§§ 1418, 1468 f. BGB.), so liegt ein entgeltlicher Vertrag vor (377). — g) Die Vereinbarung allgemeiner Gütergemeinschaft ist in der Regel ein entgeltlicher Vertrag. Ausnahme, wenn der eine Ehegatte kein oder wenigstens kein seiner Schuldenlast entsprechendes Vermögen besitzt, während

das in das Gesamtgut fallende Vermögen des anderen Ehegatten sehr erheblich ist (377). — h) Eine Benachteiligung der Gläubiger ist in jeder Änderung des Vermögensstandes des Schuldners zu erblicken, die eine Vereitelung, Erschwerung oder Verzögerung ihrer Exekutionsbefugnis enthält (379). — α. Tritt infolge der Eheschließung der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung kraft Gesetzes ein, so ist die Anfechtung ausgeschlossen, wenn hierdurch Gläubiger der Frau benachteiligt werden (379). — β. Wird dieser Güterstand vereinbart, während sonst nach § 1436 BGB. Gütertrennung einträte, so kann dadurch eine Benachteiligung der Gläubiger der Frau, nicht auch der Gläubiger des Mannes gegeben sein (380). — γ. Wird dieser Güterstand aufgehoben, so kann hierin eine Benachteiligung der Gläubiger des Mannes zwar vom wirtschaftlichen Standpunkt aus, nicht aber im Sinne des AnfG. erblickt werden (381). — αα. Wird allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart, so wird eine Benachteiligung der Gläubiger des Mannes regelmäßig dann vorliegen, wenn der Vertrag sich als unentgeltlicher Vertrag darstellt. Eine Benachteiligung der Gläubiger der Frau kann dadurch gegeben sein, daß zur Zwangsvollstreckung in Gesamtgut der gegen die Frau gerichtete Vollstreckungstitel nicht mehr genügt, aber auch dann, wenn über das Vermögen des Mannes Konkurs eröffnet wird und nun die Gläubiger der Frau wegen der Konkurrenz mit den Gläubigern des Mannes keine oder nicht volle Befriedigung erhalten (382). — ββ. Die Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung des Gesamtguts begründet eine Benachteiligung der Gläubiger höchstens insofern, als der erlangte Vollstreckungstitel zur Zwangsvollstreckung in Gesamtgut nicht mehr genügt (384). — i) Künftige Gläubiger sind nicht anfechtungsberechtigt; maßgebend ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags (385). — k) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn mit ihr nicht der Zweck der Befriedigung des Gläubigers, sondern der Zweck verfolgt wird, durch die Anfechtung eine Forderung des Gläubigers, z. B. einen Unterhaltsanspruch, erst zu begründen (386).

4. *Henle, SeuffBl. **05** 749 ff., zur Frage, ob Ehegatten sich durch anfechtbare Eheverträge oder Auseinandersetzungen ihrer gesetzlichen Unterhaltspflicht entziehen können: Durch den Ehevertrag selbst schon, ohne daß irgendeine gleichfalls oder noch darüber hinaus benachteiligende Vermögensregulierung zwischen den Ehegatten hinzukommen müßte, kann eine Verkürzung des Unterhaltsberechtigten bewirkt sein. — In dem Falle, wo bisherige Gütergemeinschaft anfechtbar durch Gütertrennung ersetzt wurde, wozu noch überdies Benachteiligung durch Auseinandersetzung kommen kann, und die Frau die gesetzlich Unterhaltsverpflichtete ist, kann der Ehemann auf die seit Aufhebung der GG. anfallenden Unterhaltsbeträge nicht mehr belangt werden, dagegen greifen gegen ihn die allg. Anfechtungsgrundsätze durch. Hierbei ist vollstr. Titel nach § 2 AnfG. das Urteil gegen die Frau auf Leistung des nach § 280 BGB. (s. auch dort Ziff. 2) an Stelle der Unterhaltsleistung tretenden Interesses. Über den Umfang der Haftung des Anfechtungsgegners allgemein s. Ziff. 2 zu § 1604 BGB. — Vgl. auch o. zu §§ 29, 41 KO.

§ 4. **RG.** R. **05** 137 Nr. 637. In der Anzeige von der beabsichtigten Anfechtung einer Rechtshandlung muß die Forderung, wegen deren die Anfechtung stattfinden soll, bezeichnet werden.

§ 7. 1. **RG.** JW. **05** 184, R. **05** 256 Nr. 1210. Ist der entfremdete Gegenstand dem Schuldner bereits zurückgewährt, so wird damit die Rückgewährklage des Gläubigers ausgeschlossen, es sei denn, daß lediglich eine Fortsetzung der die Gläubiger benachteiligenden Tätigkeit, z. B. zur Verdunkelung des Sachverhalts vorliegt.

2. **RG.** SeuffA. **60** 87. Während die Anfechtung durch den Konkursver-

walter unabhängig ist von der Höhe der festgestellten Forderungen, ist bei der Anfechtung außerhalb des Konkurses der Umfang des Anfechtungsrechts und der Rückgewähr durch die Forderung des Anfechtungsgläubigers beschränkt. Die Rückgewährverbindlichkeit erschöpft sich in der Pflicht zur Duldung der Exekution.

3. **RG. 59** 195, R. **05** 138 Nr. 638, JW. **05** 57 Nr. 38. Auch solche Rechtshandlungen des Schuldners, durch die er gegen Aufwendung von Bestandteilen seines Vermögens das Entgelt dafür unmittelbar in das Vermögen eines Dritten fließen läßt, können der Anfechtung unterliegen.

4. **RG. 60** 425, ZBlFG. **6** 53, JW. **05** 432, DNotV. **05** 682. Der Gläubiger kann nicht zur Sicherung des Rückgewähranspruchs aus § 7 AnfG. die Eintragung einer Vormerkung (§ 883 BGB.) in das Grundbuch des vom Anfechtungsgegner erworbenen Grundstücks fordern. Die Anfechtung ist nicht auf die Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an dem durch die anfechtbare Handlung veräußerten Vermögensstück, insbesondere nicht auf die Rückübertragung des Eigentums gerichtet; sie bezweckt nur die Gewährung der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung und demgemäß die Verurteilung des Anfechtungsbeklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung. Eine Verpflichtung des Anfechtungsgegners zur Einräumung, also zur Bewilligung der Eintragung einer Zwangshypothek ist nicht gegeben. § 866 ZPO. gewährt keinen solchen Anspruch, der durch Vormerkung gesichert werden kann, sondern nur das Recht auf Eintragung einer Zwangshypothek. — Ein Veräußerungsverbot wäre zulässig. — Ebenso RJA. **5** 215, KGJ. **29** A 167 Nr. 45 (KG.). Vgl. noch Oberneck I 347.

§ 11. OLG. **10** 227 (Rostock). A., vertragsmäßig verpflichtet, eine Hypothek dem B. abzutreten, hat sie auf dessen Anweisung an die Frau B. abgetreten. Ein Gläubiger des A. hat diese Abtretung gegenüber der Frau B. nach § 3 Ziff. 1 angefochten. Die auf Anweisung des Gläubigers B. vom Schuldner A. an Frau B. gemachte Leistung (Abtretung) stellt sich dar als eine von A. seinem Gläubiger B. gemachte Leistung. Frau B. ist Rechtsnachfolgerin i. S. des § 11 Abs. 2.

§ 12. Über die Wahrung der Frist durch den verklagten Anfechtungsberechtigten s. zu § 41 KO. Vgl. § 29 KO.

§ 13. *Walsmann, JheringsJ. **49** 297 ff., behandelt die Frage: Welche Wirkung hat die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Schuldners auf die Einrede des Gläubigeranfechtungsrechts? W. geht von der dinglichen Wirkung der Gläubigeranfechtung aus. Der aus bestimmten vom Gesetze sanktionierten Gründen gerechtfertigten Erweiterung der Zwangsvollstreckung über das Vermögen des Schuldners hinaus in das Vermögen eines Dritten stehen zwei rechtliche Momente entgegen: das Recht des Dritten und der Gewahrsam des Dritten. Die Wirkungen des Rechtes zu beseitigen, dazu dient die Anfechtung, welche hier relative Wirkung hat. Zur Beseitigung des im Gewahrsam liegenden Hindernisses würde an sich aus der Rechtslage ein Herausgabeanspruch folgen, aus praktischen Gründen ist aber dieser Anspruch bei der außerkonkursmäßigen Anfechtung zu einem bloßen Duldungsanspruch ermäßigt (302 ff.). Die Einrede wird regelmäßig praktisch, wenn es dem Gläubiger auf irgendeine Weise gelungen ist, das im Gewahrsame liegende Hindernis zu umgehen oder wenn ein Gewahrsam des Dritten im Einzelfalle nicht überwunden zu werden braucht. Da aber der Vollstreckung dann noch das Recht des Dritten entgegensteht, ist sie ungerechtfertigt, und sie wird erst rechtmäßig mit der Anfechtung, welche nur durch Klagerhebung oder wie bei der Einrede durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung erfolgt. Demgemäß entscheidet der Zeitpunkt der Anfechtung: erfolgt die Anfechtung vor Eröffnung des Konkurses, so hat dieser keinen Einfluß auf die Einrede mehr; dagegen kann nach Konkurseröffnung keine Anfechtungseinrede mehr geltend gemacht werden.

Grundbuchordnung.

Vorbemerkung: Der Text des Gesetzes hat die erste Änderung durch einen ergänzenden Zusatz zu § 55 (vgl. dort) infolge der Nov. v. 14. 7. 05 (RGBl. 707) erfahren. Mit einer umfassenden Kommentierung der GBO. hat Güthe die Juristenwelt überrascht, ein umfangreicher Kommentar von Meikel ist im Erscheinen begriffen. Im übrigen hat die Rechtsprechung wiederum sich mit Einzelfragen zu beschäftigen gehabt; zu der Frage, wieweit bei Verfügungen des Vorerben der Nacherbe beteiligt und sein Recht zu wahren ist (vgl. Ziff. 1 zu § 41 GBO.), hat nunmehr auch das RG. Stellung genommen. Die bisher allgemein gebilligte Ansicht des KG., daß der eingetragene Eigentümer bereits als event. eingetragener Eigentümer der ihm zufallenden Hypotheken zu gelten habe, wird, wie uns es scheinen will, mit guten Gründen bekämpft von Goldmann-Lilienthal II 139 (Ziff. 3d zu § 40).

Literatur: Güthe, Die GBO. f. d. D. R. und die preußischen Ausführungsbestimmungen. 1905. — Klumpp (2), Das deutsche Grundbuchrecht und die württ. Ausführungsbestimmungen. 1905. — Meikel, GBO. f. d. D. R. unter besonderer Berücksichtigung des BayAG. und der einschlägigen Vollzugsvorschriften. Lfg. 1. 1905. — Schröder, Grundbuchentscheidungen IV. Leipzig, 1905. — Zur Einführung des neuen Grundbuchrechts in Bayern s. die Aufsätze von Schmitt, BayNotZ. 05 7, Walter, BayNotZ. 05 40, Meyer, DNotV. 05 393, Kober, SeuffBl. 05 249, 273 (auch besonders gedruckt). — Die Grundbuchzustände im Großherzogtum Baden behandeln Manhard, ZBlFG. 5 773; vgl. DNotV. 05 491, Dietz, BadRpr. 05 302 und Carlebach, DNotV. 05 26. — Helbling hat die badische Dienstweisung für Grundbuchämter erläutert. — Vgl. auch die Litteraturnachweise vor § 873 BGB.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 3. 1. KGJ. **29** A 123, DNotV. **05** 751. Die Buchung von Grundstücken, die vor dem 1. 1. 00 in einem Separationsrezeß ungeteilt für die Interessenten ausgewiesen sind, hat in der Weise von Amts wegen stattzufinden, daß die gemeinschaftlichen Grundstücke ein selbständiges Grundbuchblatt erhalten und die Rechte der Eigentümer der Hauptgrundstücke in Abt. II des Bestandsverzeichnisses vermerkt werden. Sind die Beteiligten gemäß dem PrG. v. 2. 4. 87 organisiert, so kann als Eigentümer der gemeinschaftlichen Grundstücke die Gesamtheit ohne Angabe der einzelnen Teilnehmer eingetragen werden.

2. OLG. **11** 7, KGJ. **29** A 270 (Frankfurt a. M.). Bei der Grundbuchanlegung in Hessen-Nassau bilden die im Stockbuch enthaltenen Angaben über die Eigentums- und Belastungsverhältnisse die Grundlage für die Eintragung in das Grundbuch. (Weiter wird erörtert, wer im Gebiete des gemeinen Rechtes als Eigentümer des Pfarrvermögens einzutragen ist.)

3. Über nachträgliche Eintragung der Dorfaue auf dem Grundbuchblatt eines in Schlesien i. J. 1874 zurückgeführten Ritterguts s. OLG. **11** 10, ZBl. FG. **6** 28 (Breslau).

§ 4. Die Entsch. des KGJ. **28** A 68, auch RJA. **4** 230 — JDR. **2** Ziff. 2 zu § 4 GBO. — wird auch für das Mecklenburgische Recht gebilligt von Huther, MecklZ. **24** 63 (Über Zuschreibung von ideellen Anteilen an gemeinschaftlichen Grundstücken).

§ 6. **a**) **RG.** JW. **05** 319. Die hypothekarische Belastung eines realen Grundstücksteils kann, vorausgesetzt, daß es bei Eintragung der Hypothek genügend erkennbar bezeichnet ist, wirksam auch ohne Abschreibung von dem Blatte des einheitlich gebuchten Grundstücks erfolgen. — **b**) KGJ. **29** A 135. Zur Eintragung einer Vormerkung behufs Sicherung des Anspruchs auf Übertragung eines Grundstücksteils bedarf es nicht der vorgängigen Abschreibung dieses Teiles vom Stammgrundstück, auch keiner katastermäßigen, wohl aber einer so genauen Bezeichnung des Teiles (z. B. durch Bezugnahme auf eine festgesetzte Baufluchts-

linie), daß sich dessen Größe und Lage in einer dem Verkehrsbedürfnis entsprechenden Weise ergibt.

§ 7. KGJ. 29 A 130, OLG. **10** 412, RJA. 5 202, DJZ. **05** 412, ZBl. FG. **6** 108 (KG.). Das Grundbuchamt hat ein besonderes Grundbuchblatt für ein Erbbaurecht anzulegen, wenn das Recht auf Antrag eines Gläubigers des Berechtigten im Wege der Zwangsversteigerung veräußert werden soll.

§ 8. Krückmann, ZBlFG. 6 355. Subjektiv dingliche Rechte sind, auch wenn sie objektiv obligatorisch sind, zum Grundstücke des Berechtigten einzutragen. Sie können auch Mitgliedschaftsrechte bei juristischen Personen sein.

§ 11. 1. *Laux, R. **05** 154. § 11 erfordert ein gegenwärtiges Interesse rechtlicher oder wirtschaftlicher Art an vollzogenen oder beantragten Grundbucheintragungen — oder ein gegenwärtiges, auf rechtliche, wirtschaftliche, verwandtschaftliche oder ähnliche Beziehungen zum Blattinhaber gegründetes Interesse, wobei für die verwandtschaftlichen und ähnlichen Beziehungen § 52 StGB. als Norm dienen kann.

2. *Güthe, GBO. 155. Der Notar braucht sich nicht auf ein Interesse seines Auftraggebers, er kann sich auch auf sein eigenes Interesse stützen, d. h. er kann die Offenlegung des Grundbuchs zum Zwecke einer notariellen Beurkundung verlangen.

3. LG. München, SeuffBl. **05** 366. Das Rentamt als Finanzbehörde ist, wenn es sich um die Beitreibung von Strafkosten handelt, befugt, das HypBuch einzusehen und daraus schriftliche Bestätigung zu verlangen.

4. LG. München, SeuffBl. **05** 550. Der Antrag auf Gestattung der Einsicht muß die Grundstücke genau bezeichnen, auf die er sich bezieht; unzulässig ist eine allgemeine Durchsicht zur Ermöglichung der Einsicht in erst zu ermittelnde Grundbuchblätter, z. B. durch den Magistrat zur Ermittlung ungelöschter Ewiggelder.

§ 12. 1. *Güthe, GBO. a) Die Mitglieder der Beschwerdegerichte gehören nicht zu den Grundbuchbeamten. Für ihre Versehen haftet also nicht der Staat (163). — b) Die Frage, wann ein Schaden eingetreten ist, falls durch eine unrichtige Eintragung des Ranges die Sicherheit des Rechtes eine zweifelhafte oder zweifelhaftere geworden oder das Recht wirtschaftlich vollständig entwertet ist, ist bestritten. Predari (Anm. 12) meint, der Gläubiger müsse eine Zwangsversteigerung abwarten, da sich dann erst ergebe, ob ein Schaden eingetreten sei. Turnau-Förster (Anm. I A 10) sind der Ansicht, der Schaden sei bereits dadurch eingetreten, daß dem Gläubiger der ihm zukommende Rang entgangen sei; er habe also den Anspruch, daß ihm der Staat den ihm gebührenden Rang verschaffe oder, wenn dies unmöglich oder nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich sei, ihn in Geld entschädige. Nach der ersten Ansicht kann die Feststellung des Schadens möglicherweise viele Jahre in der Schwebe bleiben, gegen die zweite Ansicht spricht, daß es an jedem Maßstabe fehlt, die Höhe des Schadens — denn auf eine Geldentschädigung wird es wohl in den meisten Fällen hinauskommen — abzumessen. Der richtige Ausweg dürfte folgender sein. Der Gläubiger hat, sobald er von der Verschlechterung des Ranges erfährt, die Pflicht, in angemessener Zeit die Hypothek zu kündigen. Tut er dies und erhält er sein Geld vom Eigentümer, dann hat er einen Schaden nicht erlitten; es könnte nur in Frage kommen, daß insofern ein Schaden eintritt, als eine alsbaldige anderweite Unterbringung des Geldes nicht möglich ist. Erhält der Gläubiger sein Geld trotz der Kündigung nicht, so ist er verpflichtet, die Zwangsversteigerung zu beantragen. Durch diese ergibt sich dann, ob und in welcher Höhe er einen Schaden erlitten hat. Ist die Kündigung für längere Zeit ausgeschlossen, so dürfte eine analoge Anwendung des § 1133 BGB. gerecht-

fertigt erscheinen. Läßt der Gläubiger die Hypothek, ohne zu kündigen, längere Zeit weiter stehen, trotzdem er die Rangverschlechterung kennt, so gibt er sein Einverständnis mit dieser zu erkennen; der ursächliche Zusammenhang zwischen der Amtspflichtverletzung und dem Schaden ist dadurch unterbrochen (169).

2. **RG. 60** 392, JW. **05** 432. Der Grundbuchrichter verletzt seine Amtspflicht, wenn er bei einer Eintragung nicht die Zeitfolge des Einganges der Anträge beachtet (GBO. § 46 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 2).

3. Keine Verletzung einer Amtspflicht, wenn ein Grundbuchrichter eine noch nicht geklärte Rechtsfrage nicht zutreffend beantwortet hat (s. zu § 1195 BGB.).

Zweiter Abschnitt. Eintragungen in das Grundbuch.

Zu §§ 13 ff. 1. Bedeutung der Eintragung. *Güthe, GBO. Eintragung bezeichnet einerseits die obrigkeitliche Tätigkeit des Einschreibens in das Grundbuch — Eintragung als Tätigkeit = Einschreibung, andererseits das Eingeschriebene selbst — Eintragung als Zustand = Eintrag. Die Bedeutung der Einschreibung ist formell die, daß sie den Eintrag zur grundbuchmäßigen Erscheinung bringt, materiell die, daß sie die Rechtsänderung — unabhängig von einer späteren ungerechtfertigten Beseitigung — herbeiführt; für die Fälle der Berichtigung hat die Einschreibung materiell keine Bedeutung, weil die Wirkung der Berichtigung nur so lange dauert, als der Berichtigungseintrag sich im Grundbuche befindet, demnach die Eintragung nur als Zustand, d. h. als Eintrag in Betracht kommt. Die Bedeutung des Eintrags besteht formell in der Kundbarmachung eines Tatbestandes, der auf ein Liegenschaftsrecht hinweist. Materiell hat der Eintrag nur für die Fälle der Eintragung eines Scheinrechts Bedeutung; diese besteht in der Kraft, in Verbindung mit einem gutgläubigen Erwerbe das Scheinrecht zu einem wirklichen Rechte umzugestalten (188).

2. Zulässige und unzulässige Eintragungen. **a)** KGJ. **29** A 243, OLG. **10** 414, 433 (KG.). Nicht eintragungsfähig sind überflüssige Vermerke, z. B. die Verpflichtung des Gläubigers, nach Erlöschen der Forderung in die Löschung der Hypothek zu willigen, oder die Bestimmung, daß das Recht auch dem Rechtsnachfolger des Berechtigten zustehen soll. Eintragungsfähig ist die Bestimmung, daß der Gläubiger auch befugt sein soll, bei Lebzeiten des Schuldners die Forderung abzutreten (vgl. BGB. §§ 399, 1274 Abs. 2), da es sich nicht um eine Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 137 BGB. handelt, deren Eintragung unzulässig wäre (KGJ. **21** A 133), sondern um eine Veränderung des Inhalts des Forderungsrechts (Turnau-Förster (2) I 212). — **b)** OLG. **10** 418 (KG.). Nicht eintragbar sind selbständige Nebenverpflichtungen, welche nicht Bestandteile der hypothekarisch gesicherten Forderung sind, wie z. B. die Verpflichtung des Eigentümers zur Anzeige der erfolgten Feuerversicherung und zum Gestatten jederzeitiger Besichtigung des Grundstücks. — **c)** BayRpflZ. **05** 205 (BayObLG.). Die Eintragung des vorbehaltenen Eigentums an einem Zubehör in das HypBuch ist unzulässig. — **d)** KGJ. **29** A 238, OLG. **11** 3, RJA. **5** 260 (KG.). Unzulässig ist die Eintragung einer gegenüber einem abwesenden Angeschuldigten gemäß §§ 332 ff. StPO. angeordneten Beschlagnahme seines Vermögens in das Grundbuch, da durch die Beschlagnahme nur seine Verfügungsfähigkeit, nicht das ihm zustehende Verfügungsrecht (**RG.** GruchotsBeitr. **41** 1120) beschränkt wird (vgl. § 11 Ziff. 2 AllgVf. v. 20. 11. 99). — **e)** KGJ. **29** A 171. Ein Vorkaufsrecht mit Vorausbestimmung eines festen Vorkaufspreises ist nicht buchungsfähig. Vgl. JDR. **3** Ziff. 1g zu §§ 13 ff. GBO. — **f)** OLG. **11** 1 (KG.). Zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an einem Grund-

stücke kann wohl eine Vormerkung, nicht aber eine Verfügungsbeschränkung nach § 137 BGB. eingetragen werden. — **g**) Oberneck, DNotV. 05 279, warnt vor der Überspannung des an sich richtigen Grundsatzes, das Grundbuch von überflüssigen Vermerken fernzuhalten, da das Gesetz, abgesehen von ausdrücklichen Vorschriften über die Unzulässigkeit der Eintragung gewisser dinglicher Rechte, keineswegs bestimmt hat, daß die der Eintragung nicht bedürfenden Rechte unbedingt von der Eintragung ausgeschlossen sind. Er hält es daher im Gegensatze zu KGJ. 21 A 165, 28 A 139 — JDR. 2 Ziff. 4 A e, 3 Ziff. 1 a zu §§ 13 ff. — unter Umständen für durchaus geboten, das Vorzugsrecht der nicht getilgten Teile einer Hypothek vor den zur Eigentümerhypothek gewordenen Teilen einzutragen. — **h**) DJZ. 05 73 (KG.). Ist die Festlegung eines Rechtes schon vor der Geburt des zukünftig Berechtigten möglich (z. B. in den Fällen der §§ 1923 Abs. 2, 2108 Abs. 2, 2162 Abs. 2, 331 Abs. 2 BGB.), dann steht auch nichts im Wege, dieses Recht auch im Grundbuch offenkundig zu machen und dadurch das ungeborene Kind gegen gutgläubigen Erwerb Dritter sicherzustellen. — **i**) **RG.** 59 400. Die auf Grund des preußischen G. v. 14. 7. 93 wegen Aufhebung direkter Staatssteuern auf einem Grundstücke ruhende Grundsteuerentschädigungsrente gehört nicht zu denjenigen öffentlichen Lasten, die nach Art. 11 Pr. AGGBO. zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind.

3. Prüfung der Verfügungsbefugnis. **a**) **RG.** JW. 05 139. Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des Liegenschaftsrechts, daß der Grundbuchrichter, bevor er eine Eintragung vornimmt, die Verfügungsbefugnis dessen zu prüfen hat, der die Eintragung bewilligt hat. — **b**) BayObLG. 5 522, SeuffBl. 05 153. Verfügt ein Ehemann über eine zum Gesamtgute gehörige Hypothek in eigenem Namen (§§ 1443, 1549 BGB.), so kann das GBA. zur Behebung des Zweifels, ob nicht eine Schenkung zugrunde liegt und deshalb die Einwilligung der Frau (§ 1446) erforderlich ist, den Nachweis verlangen, daß dies nicht der Fall ist; der Löschungsantrag darf aber nicht schon deshalb zurückgewiesen werden, weil die Löschungsbewilligung nicht ersehen läßt, daß die Verfügung aus einem anderen Grunde als zur Bewirkung einer Schenkung erfolgt ist. Vgl. Ziff. 2 zu § 1445 BGB. — **c**) JMBl. 05 143 (KGGutachten). Die Eintragung eines Fideikommißanwärters in das Grundbuch gemäß Art. 15 PrAGGBO. kann nur auf Grund einer Bescheinigung der Fideikommißbehörde über seine Berechtigung erfolgen; der Grundbuchrichter ist mit der selbständigen Prüfung der Anwärtereigenschaft nicht befaßt.

4. Rechtshilfe in Grundbuchsachen. **a**) *Meikel, BayRpflZ. 05 185. Von Rechtshilfe kann nur da gesprochen werden, wo infolge der territorialen Abgrenzung der Gerichtsbezirke ein Gericht genötigt ist, zur Herbeiführung richterlicher oder der richterlichen Mitwirkung bedürfender Handlungen, welche in einem fremden Bezirke vorzunehmen sind, die Hilfe anderer Gerichte in Anspruch zu nehmen. Die Verpflichtung der Gerichte, einander Rechtshilfe zu leisten, ist nicht dahin zu verstehen, daß Gerichte durch ein Ersuchen um Rechtshilfe veranlaßt werden können, Prozeduren einzuleiten, deren Vornahme dem ersuchten Gerichte nicht zusteht, sondern von einem bei Gericht zu stellenden Parteiantrag abhängig ist. Das ersuchte Gericht ist nicht befugt, die Gültigkeit einer Rechtshandlung zu prüfen, welche die Voraussetzung einer ferneren, bei ihm nachgesuchten Amtshandlung bildet. Bei Verweigerung der Rechtshilfe ist eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts unzulässig. Die durch die Vorschrift des Art. 8 BayAGGBO. statuierte Verpflichtung der Grundbuchämter, einander Rechtshilfe zu leisten, besteht nur im Verhältnisse der bayerischen Grundbuchämter zueinander. Ob ein bayerisches Grundbuchamt verpflichtet ist, einer nichtbayerischen Behörde, insbesondere dem Grundbuchamt eines anderen

Bundesstaats, Rechtshilfe zu leisten, bestimmt sich nach den bestehenden Staatsverträgen. Soweit solche Verträge nicht bestehen, ist jedoch nicht ausgeschlossen, einem sog. dienstfreundlichen Ersuchen gleichwohl Folge zu leisten. — **b**) OLG. Karlsruhe 27. 4. 04, BadNotZ. 3 98. Da in Baden die Amtsgerichte zur Zeit mit Grundbuchgeschäften grundsätzlich nicht befaßt sind (vgl. § 2 GBAG. v. 19. 6. 99), so sind sie nicht verpflichtet, dem Ersuchen außerbadischer Gerichte in Grundbuchsachen Rechtshilfe zu leisten. Zur Rechtshilfe sind die Grundbuchämter verpflichtet (§ 50 Abs. 2 GBDienstanw.). — **c**) ThürBl. **05** 238 (Jena). Das Ersuchen eines GBA., einen Beteiligten zu einer Eintragungsbewilligung zu veranlassen und dessen Erklärung entgegenzunehmen, darf nicht abgelehnt werden, da es sich um eine nicht verbotene Amtshandlung (§ 159 GVG.) handelt. AM. OLG. **2** 236 (Hamm), **4** 219 (Karlsruhe) u. SeuffA. **60** 44 (Kassel).

§ 13. 1. *Güthe, GBO. 237. Der Unterschied zwischen Antrag und Bewilligung liegt nicht in ihrem Verhältnisse zur Rechtsänderung — für diese sind beide einflußlos —, sondern in ihrem Verhältnisse zur Eintragung. Der Antrag gibt den äußeren Anstoß zur Vornahme der Eintragung, die Bewilligung enthält die innere Rechtfertigung der Eintragung — oder — noch genauer — der Antrag rechtfertigt die Einschreibung, die Bewilligung den Eintrag. 251 ff. Antragsberechtigt sind nur die unmittelbar Betroffenen. Dafür sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 13 sowie innere Gründe.

2. KGBl. **06** 9 (KG.). Antragsberechtigt sind nur die unmittelbar Berechtigten, mittelbar Berechtigte aber dann, wenn ihnen ein selbständiges Recht auf Herbeiführung einer Eintragung zusteht, wie nach § 894 BGB. oder nach § 8 Abs. 1 Satz 2, § 14 GBO. Daraus ergibt sich, daß dem Nachhypothekar ein Antragsrecht da nicht zusteht, wo eine Vorhypothek durch Löschung aufgehoben werden soll. Vgl. auch zu § 55.

3. KGJ. **30** A 180, RJA. **6** 73 (KG.). Antragsberechtigt, ein Grundstück einem anderen zuzuschreiben (BGB. § 890), ist auf Grund der gemäß § 29 GBO. beizubringenden zustimmenden Erklärung des Eigentümers auch der Gläubiger einer auf dem Hauptgrundstücke haftenden Hypothek, da sie sich infolge der Zuschreibung nach § 1131 BGB. auf das zugeschriebene Grundstück erstreckt. Aus dem Antragsrecht folgt auch sein Beschwerderecht (§ 71), wenn das Grundbuchamt die von dem Eigentümer beantragte Zuschreibung ablehnt.

§ 15. 1. *Güthe, GBO. 286. Der Notar muß ausdrücklich sagen, in wessen Namen er den Antrag stellt. Denn der § 15 entbindet den Notar nur von dem Nachweise der Bevollmächtigung, gibt ihm aber nicht das Recht, selbst zu entscheiden, ob derjenige, in dessen Namen er den Antrag stellt, antragsberechtigt ist. Diese Entscheidung gebührt, wie in allen sonstigen Fällen, dem Grundbuchrichter. Dieser kann aber nur dann in eine Prüfung eintreten, wenn der Notar angibt, für wen er den Antrag stellt. ➳ Dagegen JDR. **2** Ziff. A 2 zu § 15 GBO. Red. ⟵

2. **RG.** 31. 5. 05, **60** 395, JW. **05** 433. Der Notar ist nicht ermächtigt, Eintragungsanträge, die mit dem wesentlichen Inhalte der von ihm beglaubigten Urkunde im Widerspruche stehen, im Namen eines Antragsberechtigten zu stellen. — Ebenso ElsLothZ. **30** 582 (Colmar), vgl. JDR. **3** Ziff. 3 zu § 15.

3. DJZ. **05** 917 (KG.). Bei Zurückweisung der beantragten Eintragung einer Hypothek wegen Nichteintragbarkeit einer Nebenabrede ist der beurkundende Notar nicht befugt, die Eintragung ohne die Nebenabrede zu beantragen.

4. KGJ. **30** A 236, OLG. **10** 444, RJA. **6** 63 (KG.). Zur Einlegung einer sachlichen Beschwerde im eigenen Namen, z. B. wegen Ablehnung eines von ihm gestellten Eintragungsantrags, ist der Notar nicht befugt. Vgl. OLG. **2** 244.

5. KGJ. **30** A 272, 275, RJA. **6** 78, 81 (KG.). Die vermutete Vollmacht

gilt nur für Eintragungsanträge gemäß § 13 GBO.; andere Anträge, namentlich solche auf Aushändigung eines Hypothekenbriefs, kann der Notar namens eines Beteiligten nicht lediglich auf Grund der Tatsache stellen, daß er die Eintragungsurkunde aufgenommen oder beglaubigt hat. Hierzu bedarf es einer besonderen Vollmacht, die auch mündlich erteilt sein kann, wenn nur ihre Erteilung dem Grundbuchamte nachgewiesen wird.

§ 16. 1. *Güthe, GBO. 289. „Vorbehalt" ist ein von dem Antragsteller dem Antrage gegebener Zusatz, durch den die Erledigung des Antrags von einem Momente abhängig gemacht wird, das nicht zu den der Amtsprüfung des Grundbuchrichters unterliegenden Gegenständen gehört.

2. *Henle, BayNotZ. **05** 73, 141 (Gibt es auch nach dem neuen Liegenschaftsrecht einen vertragsmäßigen Vorbehalt eines Hypothekentitels?) hält es für zulässig, eine Eintragung zu bewilligen und zu beantragen mit der Erklärung, daß der Vollzug der Eintragung vorerst so lange ausgesetzt werden soll, bis er gesondert veranlaßt werden würde. Dagegen Kober, SeuffBl. **05** 263.

3. Abs. 2. DJZ. **05** 655 (BayObLG.). Ist bei der Stellung der Eintragungsanträge nicht bestimmt, daß die eine Eintragung nicht ohne die andere erfolgen soll, so kommt das Hindernis, das sich bei Gütergemeinschaft für die Belastung des Grundstücks mit einer von dem Ehemann allein bestellten Hypothek aus dem § 1445 BGB. ergibt, für die Entscheidung der Frage, ob der Übergang des Eigentums auf den erwerbenden Ehemann einzutragen ist, nicht in Betracht. Die Wirksamkeit des Erwerbes für das Gesamtgut tritt kraft Gesetzes ein (BGB. § 1438); die dem bestehenden Güterstand entsprechende Berichtigung herbeizuführen, ist Sache des anderen Ehegatten.

4. ElsLothZ. **05** 581 (Colmar). Die im § 16 Abs. 2 vorausgesetzte Bestimmung braucht nicht stets ausdrücklich zu erfolgen, kann vielmehr aus den obwaltenden Umständen gefolgert werden.

5. RJA. 6 231, ZBlFG. **6** 530 (KG.). Ein Antrag unter Vorbehalt im Sinne des § 16 ist ein Antrag unter einer Bedingung oder Voraussetzung als Selbstbeschränkung des Willens. Ein solcher Vorbehalt steht nicht in Frage, wenn ein Löschungsantrag an die Rechtsbedingung geknüpft ist, daß vorher noch die Löschungsbewilligung des Hypothekengläubigers vom Antragsteller beigebracht werden soll. Es handelt sich hierbei um den Vorbehalt einer Befristung, der nicht unter § 16 fällt. Ebenso Predari 278. Bei einem solchen antizipierten Antrage versagt die Anwendbarkeit des § 18, der lediglich solche Anträge im Auge hat, die eine Eintragung als eine sofort zu bewirkende bezwecken und über die, wenn es sich um ein leicht behebbares Hindernis handelt, die Entscheidung in der Form einer Zwischentscheidung dahin ergeht, daß zur Hebung des Hindernisses eine Frist gesetzt wird. Das Abwarten einer Frist ist jedoch nicht schlechthin unzulässig, vielmehr unter Umständen empfehlenswert, nur handelt es sich dann nicht um eine Frist im Sinne des § 18.

§ 18. 1. RG. **60** 396, JW. **05** 433. Der § 18 GBO. sieht eine Nachfristbestimmung nicht vor — aM. SächsA. **15** 629 (Dresden) —. Daß nicht schon durch den ergebnislosen Ablauf der Frist, sondern erst durch die ausdrückliche Zurückweisung des Antrags dessen Erledigung herbeigeführt wird, ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaute des § 18.

2. BadNotZ. **3** 105 (BergwerksGBA. Mosbach). Zur Erlassung einer Zwischenverfügung liegt eine allgemeine Veranlassung vor, wenn der unvollständige Antrag eine genügende Grundlage zur Eintragung einer Vormerkung bieten würde.

3. KGJ. **29** B 37, OLG. **10** 426 (KG.). Wenn das GBA. durch Zwischenverfügung eine Frist zur Hebung eines Hindernisses gesetzt hat, so sind Kosten

für Zurückweisung des Antrags nicht schon mit Ablauf der gesetzten Frist oder mit Zurückweisung der gegen die Zwischenverfügung eingelegten Beschwerde, sondern erst dann zu erheben, wenn das GBA. eine Entscheidung über die Zurückweisung des Antrags getroffen hat. Vgl. auch Ziff. 5 zu § 16 und Ziff. 2 zu § 78.

§ 19. 1. *Güthe, GBO. 348. Die Eintragungsbewilligung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die nicht schon mit dem Augenblick ihrer Ausstellung wirksam ist. Empfangsberechtigt ist zunächst das GBA.; bezüglich der Person der anderen Empfangsberechtigten s. a. a. O. 349.

2. **a)** Strecker, R. **05** 123. Unter demjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, ist nicht jeder zu verstehen, dessen Recht von der Eintragung in irgendeiner Weise berührt wird, sondern nur derjenige, dessen Recht durch die Eintragung nachteilig beeinflußt, beeinträchtigt wird, welcher durch die Eintragung eine Einbuße in seiner Rechtsstellung am Grundstück erleidet. — **b)** KGJ. **29** A 176, PosMSchr. **05** 26 (KG.). Ändert bei Gelegenheit der Abtretung einer Hypothek der Grundstückseigentümer die Zins- und Zahlungsbedingungen, so bedarf es der Zustimmung des Gläubigers als Passivbeteiligten, wenn sein Recht eine Schlechterstellung erfährt, und zwar des alten Gläubigers, solange die Forderung noch nicht gemäß § 1154 BGB. auf den neuen Gläubiger übergegangen ist.

3. Über das Verhältnis von Eintragungsbewilligung und Zustimmung bemerkt *Güthe, GBO. 365, im Anschluß an die §§ 1395—1399 BGB.: a) Da das materielle Recht über das Bestehen und den Umfang der Bewilligungsberechtigung entscheidet und da die §§ 1395—1399 die materiellen Vorschriften über die Verfügungsberechtigung der Frau enthalten, so ist auch die Bewilligungsberechtigung der Frau nach diesen Vorschriften zu bestimmen. Die Frau ist daher in den Fällen, in denen das materielle Recht Einigung verlangt, nur dann bewilligungsberechtigt, wenn sie ihr Verfügungsrecht in Übereinstimmung mit den Vorschriften der §§ 1395, 1396 nachweist. Sie hat ferner in den Fällen, in denen das materielle Recht sich mit der einseitigen Erklärung begnügt, z. B. in dem Falle der Löschung einer Hypothek, die Bewilligungsberechtigung nur dann, wenn die materiell-rechtliche Genehmigung des Mannes vor der materiellen Erklärung der Frau erfolgt ist. Hiernach kommt es nicht darauf an, in welcher Beziehung die Eintragungsbewilligung zu der Zustimmung steht; von Bedeutung ist vielmehr auch für das formelle Recht lediglich das Verhältnis von materiell-rechtlicher Erklärung und Zustimmung. Insbesondere findet § 1398 BGB. nicht deswegen Anwendung, weil die Eintragungsbewilligung eine einseitige Erklärung ist, sondern deswegen, weil von seiner Befolgung die Bewilligungsberechtigung abhängig ist. Die gleichen Erwägungen greifen für die Fälle der §§ 107—111 und der §§ 1829—1832 BGB. Platz, nur daß hier der Nachweis der materiellen Zustimmung nicht erfolgt, um das Verfügungsrecht des Bewilligenden zu begründen, sondern um den Mangel der Geschäftsfähigkeit bzw. den Mangel der Vertretungsmacht auszugleichen, also anderen gleichfalls nach materiellem Rechte sich bestimmenden Erfordernissen der Bewilligung gerecht zu werden. — b) Über die praktische Durchführung dieser Auffassung s. 367 ff.

4. *Laux, PfälzRpr. 2 14. Die im Anlegungsverfahren erklärte Eintragungsbewilligung kann später nicht beliebig zurückgenommen werden, weshalb auch auf eine solche Rücknahme der Antrag auf Vormerkung eines Widerspruchs gegen das auf Grund jener Eintragungsbewilligung verbuchte Recht nicht gestützt werden kann. Die Ergebnisse der Verhandlungen im Anlegungsverfahren haben in Ansehung dieses Punktes die Natur von Verträgen (Vergleichen) und

können nur nach Maßgabe der im bürgerlichen Rechte für die Anfechtung von Rechtsgeschäften geltenden Grundsätze angefochten werden.

§ 20. 1. *Güthe, GBO. 333, 457. Die Einigung schließt nicht notwendig die Eintragungsbewilligung in sich; der Grundbuchrichter braucht daher auf Grund der Einigung, selbst wenn sie ihm in der Form des § 29 GBO. vorgelegt wird, regelmäßig nicht einzutragen. Der Grundsatz der Gegensätzlichkeit von Einigung und Eintragungsbewilligung darf jedoch nicht formalistisch überspannt werden. Die Einigung muß für den Grundbuchrichter dann genügen, wenn der Rechtsänderungswille des Berechtigten so erklärt ist, daß sich aus dieser Erklärung der Eintragungswille ohne weiteres ergibt.

2. Stöver, ABürgR. **26** 189. Auf Grund einer Einigung, bei der eine der Förmlichkeiten des § 873 Abs. 2 BGB. erfüllt ist, muß das Grundbuchamt die Eintragung vollziehen, ohne daß es einer besonderen Eintragungsbewilligung bedarf. Denn die Einwilligungserklärung des Passivbeteiligten über die materielle Rechtsänderung enthält zugleich dessen Bewilligung bezüglich der dazu erforderlichen Eintragung.

3. *Güthe, GBO. 427 ff. Der § 20 ist zwar Ordnungsvorschrift. Trotzdem ist die Eintragung des Eigentumsüberganges, die ohne vorangegangene Auflassung erfolgt, nichtig, weil aus § 925 BGB. zu entnehmen ist, daß das materielle Recht mit Notwendigkeit das Vorangehen der Auflassung verlangt. Nachträgliche Auflassung macht daher die Eintragung nicht wirksam.

§ 22. 1. RJA. **6** 235, DJZ. **06** 148 (KG.). Eine als Wirkung der Pfändung eines Erbanteils eintretende Verfügungsbeschränkung in Ansehung eines Nachlaßgrundstücks (vgl. BGB. § 1276, ZPO. § 840 Abs. 2) kann im Wege der Grundbuchberichtigung in Abt. II des Grundbuchs eingetragen werden, auch wenn die Erben nicht namentlich (z. B. nur als Deszendenz) als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind.

2. BreslauAK. **05** 43, 47 (Breslau). Ist in dem Grundbuch eines schlesischen Ritterguts die Dorfaue nicht katastermäßig nachgewiesen, so bedarf es, wenn die Nichteintragung der Katasternummern der Dorfaue feststeht, der Bewilligung desjenigen nicht, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, namentlich nicht der Bewilligung solcher, welche durch Ersitzung oder auf andere Weise Rechte an der Aue erworben haben sollten.

§ 23. *Güthe, GBO. 504 f. Die Eintragung nach Abs. 2 des § 23 ist lediglich formeller Natur und steht inhaltlich einer vorweggenommenen, in das Grundbuch eingetragenen Löschungsbewilligung des Berechtigten gleich. Daraus ergibt sich, daß diese Eintragung stets nur auf Grund der Bewilligung des Berechtigten erfolgen darf. Dies gilt also auch dann, wenn die Eintragung des Vermerkes gleichzeitig mit der Eintragung des Rechtes selbst vorgenommen wird.

§ 26. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 20, 35. Der Abs. 2 des § 26 ist auch dann analog anwendbar, wenn die Übertragung oder Belastung vorgemerkter Ansprüche in das Grundbuch eingetragen werden soll.

§ 28. 1. *v. Velsen, ZBlFG. **6** 257 ff., behauptet im Gegensatze zu OLG. **5** 298 (KG.) und **7** 333 (München) — JDR. **2** Ziff. 1 u. 4 zu § 28 — auf Grund der Wortbedeutung und der Vorgeschichte (Johow, Sachenrecht 288), daß für „übereinstimmend mit dem Grundbuche“ nicht katastermäßige Bezeichnung genüge, sondern jedenfalls, abgesehen von selbstverständlichen Erfordernissen, Blattnummer und laufende Nummer notwendig seien.

2. SeuffBl. **05** 437 (BayObLG.). Um das Grundstück gemäß § 28 übereinstimmend mit dem Grundbuche zu bezeichnen, muß die Eintragungsbewilligung (in der bayer. Pfalz) die Plannummer des Grundsteuerkatasters angeben, mit der das Grundstück im Grundbuche verzeichnet ist. Vgl. OLG. **5** 298 (KG.).

§ 29. A. Öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden. 1. *Güthe, GBO. 614 f. Auf Grund einer Urkunde, in der ein genügender Identitätsvermerk fehlt, darf keine Eintragung vorgenommen werden, denn § 176 Abs. 3 Satz 1 FGG. enthält nicht bloß eine Anweisung an die Urkundsperson, sondern bestimmt zugleich den Inhalt des Protokolls. Jedoch ist Ergänzung durch einen nachträglichen Identitätsnachweis zulässig.

2. KGJ. 29 A 116, PrJMBl. 05 65 (KG.). Enthält eine dem Grundbuchamte vorgelegte beglaubigte Urkunde eine Änderung, welche wesentliche Bestandteile der zu bewirkenden Eintragung betrifft, so kann das GBA. sie als Grundlage einer Eintragung mit Recht zurückweisen, wenn die Änderung nicht besonders vom Aussteller unterschrieben und diese Unterschrift nochmals beglaubigt ist und wenn auch die Urkunde über den Zeitpunkt der Änderung nichts ergibt. Vgl. KGJ. 22 A 127.

3. Gegen KGJ. 21 A 276 — JDR. 2 Ziff. C 4 zu § 29 — wenden sich Goldmann-Lilienthal II 147 Anm. 27, indem sie ausführen, daß die Beglaubigung der Unterschrift auch dann noch erfolgen kann, wenn der Antragsteller gestorben oder entmündigt ist oder seine Vertretungsmacht verloren hat, da nicht die von ihm abgegebene Erklärung, sondern die Tatsache, daß der Vertreter seine Unterschrift unter der Erklärung abgegeben hat (vgl. PrFGG. Art. 31 Abs. 1 Satz 2, Art. 60 Abs. 1) beglaubigt wird. Der Vertreter ist nach dem Fortfalle der Vertretungsmacht zur Rücknahme seiner Erklärung gar nicht mehr berechtigt.

B. Vollmacht. 1. OLG. 10 435, ElsLothNotZ. 05 101, ElsLothZ. 05 30?, R. 05 138 (Colmar). Unzureichend ist die in einer elsaß-lothringischen Notariatsurkunde geschehene Einführung des Auflassenden „als Bevollmächtigten seiner Ehefrau laut Vollmacht vor dem beurkundenden Notar", vielmehr hätte der Notar bescheinigen müssen, daß sich der Bevollmächtigte im Besitz einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde befunden habe. Ebenso R. 05 256 (BayObLG.).

2. PfälzRpr. 05 37, BayObLG. 6 212, BayRpflZ. 05 224, SeuffBl. 05 485, R. 05 256 (BayObLG.). — Der die Unterschrift eines Beteiligten beglaubigende Notar ist für den nach § 29 erforderlichen Nachweis ermächtigt, auf Grund Einsichtnahme festzustellen, daß der Bevollmächtigte bei der Beurkundung oder Beglaubigung sich im Besitze der Vollmacht befunden und daß diese einen bestimmten Inhalt hat, doch muß der Notar feststellen, ob er die Urschrift oder eine Ausfertigung eingesehen hat.

3. PucheltsZ. 05 210, ElsLothNotZ. 05 103, ElsLothZ. 05 309 (Colmar). Das Fortbestehen der einer beantragten Eintragung zugrunde liegenden Vollmacht ist nach dem Tode des Vollmachtgebers dem Grundbuchrichter nachzuweisen.

C. Öffentliche Urkunden. 1. OLG. 11 101, RJA. 6 57, 62, R. 05 571, ZBlFG. 6 304 (KG.). Wird mit der Eintragung einer Zwangshypothek zugleich die Eintragung der Kosten einer früheren fruchtlosen Zwangsvollstreckung (ZPO. § 788) beantragt, so ist die Entstehung der Kosten durch öffentliche Urkunden (z. B. durch Protokolle über fruchtlose Mobiliarzwangsvollstreckungen oder Quittungen eines Gerichtsvollziehers über Zahlung von Zwangsvollstreckungskosten) nachzuweisen.

2. OLG. 10 451 (KG.). Dem GBA. gegenüber bedarf es zum Nachweise der Annahme des Testamentsvollstreckeramts der Vorlegung von öffentlichen Urkunden, aus denen die Erklärung der Annahme gegenüber dem Nachlaßgericht und, wenn sie durch einen Bevollmächtigten abgegeben ist, die Vollmachtserteilung erhellt, sofern diese nicht etwa bei dem GBA. offenkundig sind.

3. RJA. **6** 246 (Rostock). Der Nachweis der Nichtbestellung eines Beistandes gehört nicht zu den Voraussetzungen der Eintragung im Sinne des § 29 Satz 2 und kann daher, wenn erfordert, auch anders als durch öffentliche Urkunden erbracht werden. Ob Grund zu der Annahme vorliegt, daß ein Beistand bestellt sei oder nicht, hat das GBA. im einzelnen Falle nach verständigem Ermessen zu entscheiden. Vgl. JDR. **2** Ziff. 5c zu §§ 13 ff. GBO.

4. *Hugo Goldberg, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (1905) 90. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, deren Bekanntmachung an den Vormund, der Zeitpunkt der Bekanntmachung und die Mitteilung der Erteilung der Genehmigung an die Gegenpartei sind Voraussetzungen der Eintragung. Ein Nachweis der Bekanntmachung der Verfügung an den Vormund wird jedoch in der Regel nicht zu fordern sein, da aus dem Besitze der entsprechenden Urkunde eine tatsächliche Vermutung für die rechtswirksame Bekanntmachung spricht.

5. **a**) SeuffBl. **05** 579 (München). In Bayern kann das Protokoll des Nachlaßgerichts in Ansehung einer Hypothekenlöschungsbewilligung nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 29 der GBO. beanspruchen, da die Zuständigkeit für Beurkundungen und öffentliche Beglaubigungen durch Art. 1 NotG. den Notaren vorbehalten ist. — **b**) BayObLG. **4** 854, R. **05** 313, SeuffBl. **05** 522. Zur Abquittierung eines heimgezahlten HypKapitals der Kirchenstiftung und zur Erteilung der Löschungsbewilligung ist in der Pfalz nicht der Kirchenrechner, sondern der Fabrikrat befugt, dessen Erklärung der kuratelamtlichen Genehmigung bedarf. AM. Wagner, PfälzRpr. **04** 57. — **c**) Bonschab, R. **05** 104. Die Zulassung einer lediglich vom Bürgermeister beglaubigten Vollmacht in Hypothekensachen im Rahmen des § 103 BayHypG. ist ungesetzlich. Ebenso BayObLG. **2** 289.

D. Sparkassen. 1. Die Entsch. des KG. (KGJ. **28** A 249). — JDR. **3** Ziff. 5d zu § 29 — auch abgedruckt OLG. **10** 430, 431.

2. KGJ. **30** A 162. Dem Vorstande der Sparkasse eines Kommunalverbandes im Gebiete des preußischen Sparkassenreglements vom 12. 12. 1838 steht die Eigenschaft einer Behörde auch dann zu, wenn die Gemeinde nach der Gemeindeordnung nicht befugt ist, Teile der Verwaltung besonderen Organen zur selbständigen Leitung zu übertragen. Ebenso KGJ. **11** 144. Der Beschluß KGJ. **26** A 254 — JDR. **2** Ziff. 5b zu § 39 GBO. — ist für einen Ort Schleswig-Holsteins erlassen, wo das SparkRegl. nicht gilt.

3. Über die Form der von einer bayrischen distriktiven oder gemeindlichen Sparkasse ausgestellten Urkunden s. LG. Traunstein, BayRpflZ. **05** 475.

4. KGJ. **30** A 165. Sind einer Privatsparkasse durch Allerh. Erl. die Rechte einer juristischen Person unter Bestätigung ihres Statuts verliehen, so ist, wenn das Statut die Ortspolizeibehörde zur Erteilung einer Bescheinigung über die Zusammensetzung des Vorstandes für berechtigt erklärt, die an sich dem Regierungspräsidenten zustehende Befugnis zur Erteilung der Bescheinigung als auf die Ortspolizeibehörde übertragen zu erachten.

§ 32. 1. **RG. 60** 396, JW. **05** 433, OLG. **10** 92 (KG.). Erklärungen eines Notars, die als Zurücknahme eines von ihm gestellten Antrags gelten sollen, bedürfen der Beglaubigung. **KGJ. 28 A** 89.

2. OLG. **10** 437 (KG.). Zur Zurücknahme des im Wege der Zwangsvollstreckung gestellten Eintragungsantrags bedarf der Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Beglaubigung.

§ 34. 1. Wie OLG. **4** 188 (Colmar) — JDR. **2** Ziff. 2 zu § 34 — auch KGJ. **30** A 169, RJA. **6** 148 (KG.). Der Nachweis, daß zwischen Ehegatten Gütertrennung besteht, kann dem GBA. auch durch Vorlegung des Ehevertrags

geführt werden. Das GBA. ist nicht berechtigt, die Eintragung des güterrechtlichen Verhältnisses in das Güterrechtsregister zu fordern.

2. *Güthe, GBO. 679. Nur die Eintragung der Gesamtgutseigenschaft in das Grundbuch ist zulässig. Im übrigen darf die Zugehörigkeit eines Grundbuchrechts zu der einen oder der anderen Gütermasse nur im Güterrechtsregister zum Ausdrucke gebracht werden.

§ 36. 1. OLG. **11** 255 (KG.) wie OLG. 9 333 (KG.) Bei Auslegungsfragen ist das Zeugnis des Nachlaßgerichts, mag es das Erbrecht oder die Ernennung eines Testamentsvollstreckers zum Gegenstande haben, für den Grundbuchrichter schlechthin bindend.

2. KGJ. **29** A 159, RJA. **5** 206, OLG. **11** 257 Anm. 1 (KG.). Der Grundbuchrichter ist befugt, zum Nachweis einer Erbfolge trotz des Vorliegens einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen, wenn sich aus der Anfechtbarkeit der Verfügung (z. B. wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten, BGB. § 2079) begründete Zweifel an dem auf die Verfügung gestützten Erbrecht ergeben.

3. OLG. **11** 257 (KG.). Liegen tatsächliche Voraussetzungen der Anfechtbarkeit eines Testaments vor (z. B. das Vorhandensein einer Witwe des durch einen früheren Erbvertrag gebundenen Erblassers), so kann der Grundbuchrichter die Vorlegung eines Erbscheins verlangen, da Zweifelsfragen durch das Nachlaßgericht zu lösen sind.

4. *Güthe, GBO. 691 f. Nach § 16 Abs. 1 FGG. ist ein Erbschein im Grundbuchverkehre nur dann zu verwenden, wenn ihm die Urkunden über die Zustellung an die Erben oder eine Bescheinigung des Nachlaßgerichts, daß die Bekanntmachung an die Erben erfolgt ist, beigefügt sind. Jedoch wird, wenn der Erbschein von einem der Erben selbst vorgelegt wird, mangels entgegenstehender Tatsachen angenommen werden dürfen, daß der Erbschein in ordnungsmäßiger Weise bekannt gemacht worden ist.

5. *Hörle, HessRspr. **5** 175, 182. Offenkundigkeit der gesetzlichen Erbfolge beim GBA. ersetzt den Erbschein nicht. Die Vorschrift des § 36 ist gegenüber dem § 29 eine Ausnahmebestimmung, die mit Absicht die Offenkundigkeit nicht erwähnt. Offenkundig können auch nur Tatsachen sein, während der Erbschein ein Rechtsverhältnis bezeugt.

6. Abs. 2. SeuffA. **60** 487 (Dresden). Die Legitimation des Testamentsvollstreckers im Sinne des § 36 Abs. 2 Halbs. 2 wird durch die Verfügung des Nachlaßgerichts über seine Ernennung in Verbindung mit dem Testament und dem Eröffnungsprotokoll erbracht.

7. OLG. **11** 272, RJA. **6** 160 (Hamburg). Auch von dem Vollstrecker eines ausländischen Nachlasses kann ein Testamentsvollstreckerzeugnis gefordert werden (§§ 2369, 2368 Abs. 3 BGB.).

§ 37. *Güthe, GBO. 735. In dem Zeugnis ist nicht die Übereignung der Hypothek an den Miterben, sondern die Erbfolge und das Vorliegen der Eintragungsbewilligung zu bezeugen.

§ 39. 1. OLG. **10** 438 (KG.). Voraussetzung des § 39 ist, daß die ersuchende Behörde nach anderweiter gesetzlicher Vorschrift zu dem Eintragungsersuchen befugt ist, so z. B. die Generalkommission zu Ersuchen nach Maßgabe des § 12⁴ Nr. 2 PrG. v. 7. 7. 91, dagegen ergibt sich aus dem G. v. 3. 3. 50, betr. den erleichterten Abverkauf kleiner Grundstücke (vgl. Art. 20 Nr. 3 b PrGGBO.) nicht die Befugnis der Generalkommission, das Grundbuchamt um Löschung der betreffenden Belastung auf Grund des Unschädlichkeitszeugnisses zu ersuchen.

2. KGJ. **30** A 196. Das Ersuchen an das GBA. um Eintragung eines Sperrvermerkes gemäß § 59 PrVO. v. 30. 6. 34 gehört zur Zuständigkeit der Generalkommission. Der Spezialkommissar ist zur Stellung des Ersuchens selbständig nicht befugt.

3. OLG. **11** 321 (KG.). Wenn im allgemeinen das Ersuchen der Behörde nur den Antrag (§ 13), die Bewilligung (§ 19) und die sonst etwa zur Eintragung erforderlichen Erklärungen Dritter ersetzt, dagegen die übrigen Voraussetzungen der Eintragung, u. a. auch diejenigen des § 40 Abs. 1 vorliegen müssen, so ist doch dem Ersuchen des Vollstreckungsgerichts gemäß § 19 ZVG. eine Ausnahmestellung eingeräumt, da es nicht angeht, daß durch eine weit ausgedehnte Prüfung des GBA. Verzögerungen der Eintragung und dadurch des weiteren Vollstreckungsverfahrens entstehen können. Die Eintragung des Sperrvermerkes darf daher nicht deshalb abgelehnt werden, weil nach Anordnung der Versteigerung der Schuldner gestorben ist, seine Erben aber noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Die Zulässigkeit der Eintragung ergibt sich in diesem Falle auch aus § 779 ZPO., weil die Eintragung in das Grundbuch als Fortsetzung der mit der Versteigerungsanordnung begonnenen ZwVollstr. zu gelten hat. Ebenso LG. Colmar, ElsLothNotZ. **05** 345.

§ 40. 1. *Güthe, GBO. 763 ff. Der Begriff „Betroffener" ist im § 40 ein anderer, als im § 19 GBO. Im § 19 ist der Betroffene derjenige, dem die Verfügung über das Recht zusteht, im § 40 derjenige, dem das Recht selbst zusteht. Daher müssen, obwohl der Mann allein berechtigt ist, die Umschreibung einer gütergemeinschaftlichen Hypothek zu bewilligen, vor der Umschreibung Mann und Frau als Berechtigte eingetragen sein.

2. Einzelne Fälle. **a**) ZBlFG. **5** 724 (Dresden). Ist eine Buchhypothek auf einen neuen Gläubiger umgeschrieben, so kann die Umwandlung der Buchhypothek in eine Briefhypothek nicht mehr auf Grund der zwischen dem Eigentümer und dem bisherigen Gläubiger getroffenen Vereinbarung eingetragen werden, auch wenn das GBA. die Abtretung der Hypothek nur nach vorheriger Eintragung ihrer Umwandlung hätte zur Verlautbarung bringen sollen (§ 16 Abs. 2 GBO.). Es bedarf noch der Eintragungsbewilligung des neuen Gläubigers. — **b**) KGJ. **29** A 236, RJA. **5** 262, OLG. **10** 440 (KG.). § 40 hat nur solche Eintragungen im Auge, durch die ein Recht jemandes betroffen wird, durch die also der Berechtigte eine Einbuße erleidet (OLG. 8 314). Dies gilt auch von der Eintragung einer Vormerkung, und es bedarf daher der zuvorigen Eintragung der Anteile der Miteigentümer, wenn die Vormerkung auf einem der Anteile eingetragen werden soll. Vgl. Ziff. 5a zu § 883 BGB. und Ziff. 3a zu § 48 GBO. — **c**) KGJ. **30** A 217, RJA. **6** 56, OLG. **10** 441 (KG.). Die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Auflassung eines Grundstücks, wenn durch den Erben des eingetragenen Eigentümers bewilligt, erfordert die vorgängige Umschreibung des Grundstücks auf den Namen des Erben. Allerdings handelt es sich um eine Eintragung, die eine Übertragung eines Rechtes (vgl. § 41) sichern soll, es kann jedoch nicht als Wille des Gesetzgebers unterstellt werden, daß es auch zu vorbereitenden Eintragungen der vorgängigen Eintragung des Betroffenen nicht bedürfen solle, zumal mit der Möglichkeit einer langen Dauer der Vormerkung gerechnet werden muß. — Vgl. auch o. zu § 885 BGB.

3. Der Grundstückseigentümer als eventuell eingetragener Inhaber der ihm zufallenden Hypotheken. — **a**) *Güthe, GBO. 777. Der Erwerb der Eigentümerhypothek auf Grund einer Quittung oder eines Verzichts unterbricht zwar den im § 1155 BGB. geforderten Zusammenhang der Reihe. Es beginnt jedoch mit ihm eine neue Reihe, weil der Eigentümer-

hypothekar, vorausgesetzt, daß er als Eigentümer eingetragen ist, als eingetragener Berechtigter anzusehen ist. — **b**) *Immler, DJZ. **05** 977. Der Inhaber einer Eigentümergrundschuld kann ihre Löschung beantragen, ohne daß er zuvor als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist. — **c**) OLG. **11** 35 (KG.). Hat eine Aktiengesellschaft, auf welche durch Fusion (vgl. HGB. §§ 304 Abs. 5, 306 Abs. 1) das Vermögen einer Aktiengesellschaft übergegangen ist, als Gläubigerin der hiernach auf sie übergegangenen Hypothek (vgl. KGJ. **28** A 145) erklärt, sie sei von dem persönlich haftenden Grundstückseigentümer befriedigt, so ist die Hypothek kraft Gesetzes auf den Eigentümer übergegangen (§ 1163 Satz 2) und es bedarf daher zur Zulassung seines Löschungsantrags nicht der vorgängigen Umschreibung der Hypothek auf die quittierende Aktiengesellschaft oder auf ihn selbst. Vgl. auch Ziff. 6 zu § 1163 BGB. — **d**) Goldmann-Lilienthal II 139 Anm. 76 bekämpfen die Ansicht des KG. — vgl. JDR. **2** Ziff. 3 zu § 40 —, daß der eingetragene Eigentümer bereits als eventuell eingetragener Inhaber der ihm zufallenden Hypotheken gelte, und daß es daher zur Verfügung über die auf ihn übergegangene Hypothek seiner vorgängigen Eintragung als Gläubigers nicht bedürfe. Sie bemerken, daß aus dem Umstande, daß das Recht auf die Eigentümerhypothek aus der Eintragung des Eigentums hervorgehe, noch keineswegs folge, daß durch diese Eintragung auch der Übergang der Hypothek auf den Eigentümer klargestellt werde, vielmehr bedürfe es noch des Nachweises, daß die Voraussetzungen für den Übergang der Hypothek vorliegen, und dies soll gerade nach § 40 GBO. aus dem Grundbuch ersehen werden. Auch wenn der Übergang der Hypothek im Falle des § 1163 BGB. kraft Gesetzes erfolge, werde die Anwendbarkeit des § 40 Abs. 1 GBO. nicht ausgeschlossen. Sie erachten aber auch bei richtiger Auslegung des § 40 Abs. 2 GBO. in Verbindung mit § 1155 BGB. die Konstruktion des KG. für entbehrlich, indem sie unter dem öffentlich beglaubigten Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung insbes. auch das Anerkenntnis des Rechtsverhältnisses oder der Tatsachen verstehen, aus denen sich der gesetzliche Übergang ergibt, z. B. eine öffentlich beglaubigte Quittung oder ein Verzicht auf die Hypothek (BGB. § 1168), nicht aber die bloße Löschungsbewilligung, welche nur auf Aufhebung der Hypothek gerichtet ist (BGB. § 1183).

§ 41. 1. Die große Streitfrage, wieweit der Nacherbe als „Erbe" im Sinne des § 41 anzusehen sei — vgl. JDR. **2** Ziff. 7, **3** Ziff. 4 zu § 41 —, hat auch noch im letzten Berichtsjahre die Wissenschaft und Praxis beschäftigt, dadurch aber einen gewissen Ruhepunkt erreicht, daß nunmehr auch das RG. — vgl. unten unter g — im Sinne der Rechtsprechung des KG. zu der Frage Stellung genommen hat. — **a**) *Güthe, GBO. 784, fordert in entsprechender Anwendung des § 52 die Eintragung der Rechte des Nacherben, wenn der Vorerbe, ohne sich selbst eintragen zu lassen, gemäß § 41 Abs. 1 das Recht überträgt. Nur wenn der Vorerbe befreit ist und entgeltlich verfügt, ist die Eintragung des Nacherben zu unterlassen, weil sonst nach der Umschreibung des Rechtes auf den Erwerber dieser die Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des Nacherbenrechts beantragen könnte und zwar auf Grund des Nachweises, daß der Vorerbe befreit und die Übertragung eine entgeltliche gewesen ist. Zum Nachweise der Entgeltlichkeit kann die Erklärung des Vorerben, daß er Abtretungsentgelt erhalten habe, genügen. — **b**) *Meikel, R. **05** 183, rechnet den Nacherben nicht zu denjenigen Personen, deren Recht durch die Eintragung betroffen wird, da vor dem Eintritte der Nacherbfolge zwischen ihm und dem Vorerben weder ein Miteigentums-, noch ein Gesellschafts-, noch ein anderes Gemeinschaftsverhältnis bestehe, der Nacherbe auch kein dingliches Recht an den zur Vorerbschaft gehörenden Sachen und Rechten besitze. Das Recht der Nacherben stellt

sich aber nach seiner Meinung als eine Verfügungsbeschränkung des an sich allein verfügungsberechtigten Vorerben dar. Verfügt daher der Vorerbe innerhalb der Schranken seiner Verfügungsbefugnis, so bedarf es der Zustimmung des Nacherben nicht. Im Falle der befreiten Vorerbschaft hat der Vorerbe, der über ein Grundstück unbeschränkt verfügen will, dem Grundbuchamt entweder den Nachweis zu liefern, daß eine unentgeltliche Verfügung nicht vorliege, oder die Zustimmung des Nacherben beizubringen. Im Falle der nicht befreiten Vorerbschaft bedarf der Vorerbe, der über zur Nacherbschaft gehörende Grundstücke oder Rechte an Grundstücken unbedingt verfügen will, der Zustimmung des Nacherben, gleichviel ob dessen Recht im Grundbuch eingetragen ist oder nicht. Vgl. auch denselben R. **05** 643. — **c**) Schumann, DJZ. **05** 1163 fordert, daß vor der Verfügung über ein Grundstück der (befreite) Vorerbe und das Recht des Nacherben eingetragen wird. Es widerspricht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, wenn jemand ein Grundstück vom Erben schenkungsweise (oder, bei nicht befreiter Vorerbschaft, entgeltlich) erwirbt und es nach dem Tode des Veräußerers an einen ihm bis dahin unbekannten Dritten, dessen Berechtigung ihm verborgen war und sich nicht aus dem Grundbuch ergab, herausgeben muß. Denn gegen die Verpflichtung aus § 816 BGB. schützt ihn sein guter Glaube nicht. Die Eintragung eines Rechtes an einem Grundstück oder auch ein solches soll beide schützen, den Berechtigten und den Erwerber, BGB. § 816 schützt aber nur den einen oder den anderen, je nachdem eine Bereicherung noch vorhanden ist oder nicht. — **d**) Müller, WürttZ. **05** 257. Für den Regelfall der Veräußerung eines Nacherbfolgegrundstücks ist die vorherige Eintragung des Vorerben als Eigentümers zu verlangen, von diesem Erfordernisse kann aber abgesehen werden, wenn es sich um eine Veräußerung handelt, die nachweisbar gegenüber dem Nacherben wirksam ist (§§ 2136, 2113 BGB.), oder um eine solche, zu der der Nacherbe seine Zustimmung erteilt. — **e**) Goldmann-Lilienthal II 126 Anm. 15 bekämpfen die Richtigkeit der Rechtsprechung des KG. und weisen darauf hin, daß, wenn der Nacherbe zu den von der Eintragung Betroffenen gehört, auf alle Fälle seine Bewilligung erforderlich wäre, auch wenn sein Nacherbenrecht eingetragen ist. Sie leiten die Rechtsprechung des KG. aus dem Bestreben her, dem Nacherben eine gewisse Fürsorge angedeihen zu lassen, während doch der Nacherbe selbst seine Rechte wahrzunehmen habe. — **f**) Das KG. ist bei seiner neuerlichen Rechtsprechung — vgl. JDR. **2** Ziff. 7d, **3** Ziff. 4 zu § 41 — verblieben. Vgl. KGJ. **30** A 215, wo ferner ausgesprochen ist, daß die Eintragung des Nacherbenrechts gleichzeitig mit der Eintragung des Eigentums des Erwerbers nicht angängig ist, und KGJ. **30** A 261, OLG. **10** 448, RJA. **6** 69, wonach zur Löschung einer Nachlaßhypothek auf Grund einer Quittung und Löschungsbewilligung des Vorerben die Beibringung der Zustimmung des Nacherben auch dann verlangt werden kann, wenn der Vorerbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist und kein Anlaß für die Annahme besteht, daß es sich in Wirklichkeit um eine unentgeltliche Verfügung handelt. Vgl. auch den von Blessing, WürttZ. **05** 33 mitgeteilten Rechtsfall. — Das BayObLG. **6** 198, BayRpflZ. **05** 324, R. **05** 256, SeuffA. **60** 343, SeuffBl. **05** 484, DJZ. **05** 1127, ZBl. FG. **6** 41 hat sich für den Fall der Übertragung eines zum Nachlasse des eingetragenen Berechtigten gehörenden Rechtes auf denselben Standpunkt gestellt. — **g**) Das **RG. 61** 228, RJA. **6** 140, JW. **05** 540, DNotV. **05** 661, hat am 12. 7. 05 in Übereinstimmung mit RJA. **3** 250 (KG.) entschieden, daß im Falle der Abtretung einer Nachlaßhypothek auch bei befreiter Vorerbschaft die Zustimmung des Nacherben oder die vorgängige Eintragung des Vorerben und des Rechtes des Nacherben erforderlich sei. — **h**) Gegen RG. (vorstehend zu g), Brachvogel,

GruchotsBeitr. **50** 64 mit dem Hinweise, daß der Nachweis der Negative regelmäßig nicht verlangt werden könne, daß es vielmehr dem vernünftigen Ermessen des GBA. überlassen bleiben müsse, ob und inwieweit, mit welchen Mitteln und in welchen Formen der Nachweis, daß eine unentgeltliche Verfügung nicht vorliege, zu fordern sei, wie dies in anderen Fällen die Rechtsprechung angenommen habe, z. B. OLG. **8** 313 (Colmar), **5** 5 (KG.), **3** 388 (KG.). Er hält es für ausreichend, wenn bei auftauchenden Zweifeln der Verfügende den Nachweis seines Verfügungsrechts durch eine entsprechende eidesstattliche Versicherung ergänzt [?]. Vgl. auch zu § 2136 BGB.

2. Döhl, DJZ. **05** 906, befürwortet zur Vermeidung der Schwierigkeiten, die bei dem sog. Berliner Testament für den zum Vorerben ernannten überlebenden Ehegatten bei grundbuchlichen Verfügungen erwachsen, in dem Testament außerdem den befreiten Vorerben auch noch zum Testamensvollstrecker zu ernennen und ihm als solchem die Vertretung der Nacherben und das Recht des uneingeschränkten Selbstkontrahierens zu gestatten (§§ 2222, 181 BGB.). In diesem Falle vertritt der überlebende Ehegatte sämtliche Beteiligten und es bedarf daher im Falle des § 41 nicht der vorherigen Eintragung des Vorerben nebst Nacherbschaft und Testamentsvollstreckeramt, sondern die Umschreibung auf den Erwerber kann sofort erfolgen. Für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten kann bestimmt werden, daß dessen sämtliche Befugnisse fortfallen und er verpflichtet sein soll, nach den gesetzlichen Vorschriften Teilung zu halten. Vgl. ElsLothNotZ. **05** 294. — Dagegen Brachvogel, GruchotsBeitr. **50** 89: Auch der Testamentsvollstrecker darf nicht schenken.

3. *Brachvogel, GruchotsBeitr. **49** 316 — gegen KG., JDR. **2** Ziff. 3 zu § 41 GBO. Unter den Erben des eingetragenen Berechtigten im Sinne des § 41 ist zu verstehen sowohl der Erbe des wirklich eingetragenen (§ 40 Abs. 1), wie der Erbe des als eingetragen geltenden Berechtigten (§ 40 Abs. 2). — Ebenso Goldmann-Lilienthal II 138 Anm. 74.

4. *Güthe, GBO. 778. Eine Verbindung des § 40 Abs. 2 mit dem § 41 Abs. 1 derart, daß Erbscheine und Verfügungen von Todes wegen in die Reihenfolge der Abtretungserklärungen, Überweisungsbeschlüsse und Anerkenntnisse eingeschoben werden dürfen, ohne den Zusammenhang zu unterbrechen, ist zulässig.

5. R. **05** 256 (BayObLG.). Ist das Recht des Nacherben bei einer Hypothek im Grundbuch eingetragen, so ist bei Eintragung der Abtretung der Hypothek an einen Dritten ein ausdrücklicher Vorbehalt des Nacherbenrechts nicht erforderlich.

§ 42. 1. *Güthe, GBO. 796. Aus den Worten „bei der Hypothek" ergibt sich, daß nicht nur die Eintragungen, die die Rechtsstellung des Gläubigers verschlechtern, sondern auch die, welche sie verbessern oder für sie ohne Bedeutung sind, unter den § 42 fallen, z. B. die Mitübertragung einer Hypothek auf ein abgeschriebenes Grundstück oder einen abgeschriebenen Grundstücksteil.

2. Aus der Praxis. **a**) Die Entsch. OLG. **10** 97, (Rostock), auch RJA. **5** 200, KGJ. **29** A 282, R. **05** 327, ZBlFG. **6** 107, DNotV. **05** 748. — **b**) KGJ. **30** A 240 (KG.). Soll bei einer Briefhypothek auf Grund einstweiliger Verfügung eine Verfügungsbeschränkung (z. B. das Verbot, zum Nachteile des Eigentümers über die Hypothek zu verfügen) eingetragen werden, so bedarf es der Vorlegung des HypBriefs. Vgl. auch zu § 1152 BGB. — **c**) OLG. **10** 442 (KG.). Der Vorlegung des Briefes bedarf es nur dann nicht, wenn der Widerspruch sich gegen den Bestand und Inhalt der Hypothek richtet, nicht, wenn die Eintragung auf Grund des Anfechtungsgesetzes, also wegen eines persönlichen Anspruchs angefochten wird. Der § 42 Abs. 1 Satz 2 trifft auch nicht zu, wenn durch einstweilige Verfügung die Eintragung einer Verfügungs-

beschränkung angeordnet ist. — **d**) KGJ. **30** A 282, RJA. **6** 164. Bedarf es zu einer Eintragung der Vorlegung des HypBriefs, so ist das GBA. nicht verpflichtet und in der Lage, den Besitzer des Briefes zu dessen Vorlegung anzuhalten, vielmehr hat derjenige, welcher die Eintragung betreibt, für die Vorlegung des Briefes Sorge zu tragen.

§ 45. OLG. **11** 1 (KG.). Die Wirksamkeit einer Einschreibung wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß sie noch nicht unterschrieben ist.

§ 48. 1. **a**) *Güthe, GBO. 848. Eine Eintragung ist die Rechtstatsache, die ein Recht zur grundbuchmäßigen Erscheinung bringt. Das Recht ist also der Faktor, der der Eintragung den Inhalt und die Abgrenzung gibt. Ebenso daher, wie materiell-rechtlich jedes Recht seine Selbständigkeit gegenüber anderen Rechten hat, ist auch im Grundbuche jedes Recht gesondert einzutragen. Hieraus und nicht aus § 48 folgt, daß die Eintragung mehrerer Rechte unter einer Nummer, sei es für mehrere Berechtigte oder für den gleichen Berechtigten unzulässig ist. — **b**) RJA. **6** 151 (KG.). Zulässig ist die Bestellung einer gemeinsamen Hypothek für zwei Forderungen verschiedener Gläubiger in der Weise, daß jedem Gläubiger die Hypothek zu einem bestimmten, seiner Forderung entsprechenden Bruchteile (z. B. $^4/_5$ und $^1/_5$ entsprechend einem Darlehn von 4000 und 1000 M.) zustehen soll. Die Entsch. KGJ. **20** A 101 — JDR. **2** Ziff. 8 zu § 48 GBO. — behandelt einen anderen Fall (je eine besondere Hypothek für mehrere selbständige und voneinander verschiedene Forderungen).

2. *Güthe, GBO. 853. Die Ergänzung der nach § 48 erforderlichen Angabe durch eine Erklärung des Berechtigten ist nicht zulässig. Denn durch eine solche Ergänzung könnte eine Eintragung herbeigeführt werden, die dem Willen des Bewilligenden widerspricht. Nur insoweit ist eine Ausnahme anzuerkennen, als von dem Berechtigten der Nachweis erbracht wird, daß seine Ergänzungserklärung mit dem Willen des Bewilligenden übereinstimmt; denn dann liegt der Nachweis der Unrichtigkeit vor.

3. Aus der Praxis. **a**) KGJ. **29** A 236, OLG. **10** 440, RJA. **5** 262 (KG). Was von der Unzulässigkeit der Eintragung einer Hypothek auf einem nicht in Bruchteilen eingetragenen Miteigentumsanteile gilt — vgl. JDR. **2** Ziff. 6 b zu § 48 GBO. — gilt auch von der Eintragung einer Vormerkung. Vgl. Ziff. 5 a zu § 883 BGB. u. Ziff. 2 b zu § 40 GBO. — **b**) KGJ. **29** A 179, OLG. **10** 422. Das GBA. darf die Eintragung einer Hypothek für Ehegatten „je zur Hälfte" ablehnen, wenn sich aus den Unterlagen ergibt, daß die Eheleute in Gütergemeinschaft leben und diese Bezeichnung des Gemeinschaftsverhältnisses in der Eintragungsbewilligung fehlt. — **c**) LG. Flensburg, DJZ. **05** 319. Bei Eintragung einer Sicherungshypothek für zwei Bürgen als Gesamtgläubiger bedarf es der Angabe der Anteile der Berechtigten an der Sicherungshypothek, z. B. in der Weise, daß die Hypothek dem einzelnen Bürgen zum ganzen Betrage, den Bürgen unter sich aber je zur Hälfte zustehen soll (§§ 769, 426 BGB.). Zur Sicherstellung jedes Bürgen gegen die mögliche Inanspruchnahme wegen der ganzen Summe bedürfte es der Eintragung zweier Sicherungshypotheken zum Betrage der verbürgten Schuld mit gleichem Range.

4. *Harster, BayRpflZ. **05** 24. Wenn die einen zusammengesetzten Schulsprengel nach bayerischem Rechte bildenden politischen Gemeinden als solche Grundeigentum haben, ist es zulässig, im Grundbuche statt der derzeitigen Sprengelglieder mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatze sogleich die jeweils den Schulsprengel bildenden politischen Gemeinden als Eigentümerinnen einzutragen. Das Ein- und Austreten von Sprengelmitgliedern ändert nur dann etwas, wenn ein Auseinandersetzungsverfahren stattfindet, in

dem besondere Bestimmungen über das Eigentum an den Sprengelgrundstücken getroffen werden.

§ 52. 1. Die JDR. **3** Ziff. 3 angemerkte Entsch. des KG. (OLG. **9** 401), auch KGJ. **29** A 163, RJA. **5** 192. Ebenso OLG. **10** 446, PosMSchr. **05** 88 (KG.) u. **RG.** 12. 7. 05, RJA. **6** 143. (Verzicht auf Eintragung des Nacherbenrechts.)

2. KGJ. **30** A 212, OLG. **10** 446 (KG.). Wird bei der Erbteilung einem Miterben ein Nachlaßgrundstück übereignet, so geht es in sein Sondereigentum über; bei seiner Eintragung kann daher das Recht des Nacherben nicht mit eingetragen werden. Vgl. Ziff. 1 zu § 2113 BGB.

3. Planck, WürttZ. **05** 172. Auch bei Veräußerung oder Löschung von Hypotheken kann der nacherbschaftliche Vermerk nur auf Bewilligung des Nacherben gelöscht werden, da ein voller Beweis dafür, daß der Vorerbe zur Verfügung über die Hypothek befugt war, ohne Bewilligung des Nacherben nicht zu erbringen ist. — Vgl. auch Ziff. 2 zu § 84 BGB.

§ 53. 1. *Reichel, Umschreibung der Vormerkung 26. Wird eine Vormerkung auf den Erben umgeschrieben und unterliegt der Anspruch der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers, so ist letztere Tatsache von Amts wegen beizuvermerken.

2. OLG. **10** 451 (KG.). Der Eintragung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers bedarf es nicht, wenn er seine Bewilligung (§ 19) dazu gegeben hat, daß die Nachlaßhypothek dem Erben zur freien Verfügung überlassen sein soll (BGB. § 2217).

§ 54. 1. *Güthe, GBO. a) Die Unrichtigkeit des Grundbuchs braucht dem Grundbuchrichter nicht nachgewiesen zu werden; es genügt Glaubhaftmachung. Dies ist namentlich für den Fall von Bedeutung, daß eine nicht von dem Betroffenen herrührende Eintragungsbewilligung vorliegt. Denn in einem solchen Falle kann meist das Fehlen der Einigung — und nur deren Mangel führt die Unrichtigkeit des Grundbuchs herbei — nicht nachgewiesen werden (902). — b) Die Eintragung des Widerspruchs wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß das unrichtig eingetragene Recht auf einen Dritten umgeschrieben ist oder ein Dritter sonst Rechte an diesem Rechte erworben hat. Daß ein solcher Widerspruch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber bedeutungslos ist, wird durch sein späteres Datum zum Ausdrucke gebracht (903).

2. OLG. **11** 1 (KG.). Die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung einer Verfügungsbeschränkung mag zulässig sein, doch ist die weitere Voraussetzung des § 54 Abs. 1, daß durch die Löschung das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dies ist nicht der Fall, wenn eine nach § 137 BGB. nicht eintragungsfähige Verfügungsbeschränkung gelöscht worden ist.

3. RJA. **6** 241 (KG.). Auch im Falle des § 54 ist die Eintragung eines Widerspruchs nur möglich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Zeit der Eintragung noch fortbesteht, z. B. eine zu Unrecht gelöschte Hypothek noch nicht aufgehoben ist, sie ist aber ausgeschlossen, wenn durch sie das nach der Entstehung der Unrichtigkeit eingetragene Recht eines Dritten (z. B. eines neuen Grundstückserwerbers) betroffen wird, zu dessen Gunsten der Inhalt des Grundbuchs, gegen den sich der Widerspruch richtet, auf Grund des § 892 BGB. als richtig gilt.

4. Abs. 1 Satz 2. **a)** WürttZ. **05** 205 (Stuttgart). Die Unzulässigkeit der Eintragung muß sich aus ihrem Inhalt (in Verbindung mit dem sonstigen Inhalte des Grundbuchs) ergeben, es genügt nicht die Heranziehung von Auslegungsmitteln, die außerhalb des Grundbuchs liegen. — **b)** OLG. **10** 100 (KG.). Unzulässige Eintragungen im Sinne des § 54 Satz 2 sind nur solche, auf die sich hinsichtlich des Rechtserwerbes der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892

BGB.) nicht erstreckt, aus denen keine Nachteile erwachsen, die überhaupt bedeutungslos sind. Ihre Löschung soll nur im allgemeinen Interesse zur Klarstellung des Grundbuchs erfolgen. **RG. 47** 202 betrifft Löschung eines nicht eintragungsfähigen Rechtes, RJA. **1** 16 eine vom Gesetz allgemein verbotene Eintragung. — c) RJA. **5** 256 (KG.). Ist unzulässigerweise auf Grund eines Arrestbefehls eine Sicherungshypothek für eine den Betrag von 300 M. nicht übersteigende Forderung eingetragen (ZPO. §§ 928, 932, 866 Abs. 3), so ist die Eintragung von Amts wegen zu löschen und, wenn dies unterblieben, die Löschung durch das Gericht der Beschwerde (§ 71 Abs. 2 Satz 2) oder der weiteren Beschwerde (§§ 78, 79 Abs. 3) anzuordnen.

5. Friedenthal, BreslauAK. **05** 33. Eintragungen über die Öffentlichkeit eines zu einem eingetragenen Grundstücke gehörigen Weges sind als öffentlich-rechtliche Verfügungsbeschränkungen von Amts wegen zu löschen.

§ 55. 1. Durch die Nov. v. 14. 7. 05 (RGBl. 707), durch welche bestimmt ist, daß die Eintragung eines Eigentümers auch denjenigen bekannt zu machen ist, für welche eine Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld, Reallast oder ein Recht an einem solchen Rechte im Grundbuch eingetragen ist, erledigen sich die Äußerungen, welche an die Unzulänglichkeit der bisherigen Fassung des § 55 anknüpften; vgl. Oberneck, DNotV. **05** 6, Strecker. R. **05** 123, Hermann, Heinitz, Dennler, DJZ. **05** 209, 400, 500; vgl. auch ElsLothNotZ. **05** 4, ElsLothZ. **05** 296 (Colmar). Zu der Nov. v. 14. 7. 05 vgl. die Bemerkungen in der BayRpflZ. **05** 233 (Dennler) und 376, von Oberneck, DNotV. **05** 388 und Schmillen, DJZ. **05** 500.

2. Schultheis, ZBlFG. **6** 325, führt aus, daß der § 55 neuer Fassung anwendbar ist auf alle Eintragungen, die unter der Herrschaft der Novelle durch den Grundbuchführer bewirkt sind, auch wenn schon vor diesem Zeitpunkte der Eintragungsantrag eingegangen oder die Eintragungsverfügung erlassen ist.

3. KGBl. **06** 9 (KG.). Der Nachhypothekar kann nicht schon um deswillen, weil er durch die Löschung der Vorhypothek einen Vorteil erlangt, die Benachrichtigung auf Grund des § 55 GBO. verlangen, sondern nur, wenn die Löschung erkennbar zu seinen Gunsten erfolgt ist, z. B. wenn aus der Verpfändungsurkunde sich ergibt, daß der Grundstückseigentümer sich verpflichtet hat, die Vorhypotheken löschen zu lassen oder der Hypothek einen bestimmten Rang zu verschaffen, und zu diesem Zwecke die Vorhypotheken gelöscht worden sind. Vgl. auch Ziff. 2 zu § 13.

4. Vgl. noch AVf. v. 18. 8. 05 (PrJMBl. **05** 232), betr. die Mitteilung des Verkaufspreises von Grundstücken an die Hypothekenbanken und an die landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten, inzwischen aufgehoben und ersetzt durch AVf. v. 2. 5. 06 (PrJMBl. **06** 131).

Dritter Abschnitt. Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuldbrief.

§ 56. *Güthe, GBO. 924. Die Vorschrift des Art. 7 Abs. 1 PrAG. GBO., wonach Briefe vom Richter und vom Gerichtsschreiber zu unterzeichnen sind, ist nicht nur Ordnungsvorschrift, sondern hat den gleichen zwingenden Charakter, wie der § 56 selbst, weil es sich nicht um einen Zusatz zu der reichsgesetzlichen Vorschrift des § 56, sondern um eine zu deren Anwendung notwendige Vorschrift handelt.

§ 58. KGJ. **30** A 276, RJA. **6** 75, OLG. **11** 3, R. **05** 575, ZBlFG. **6** 317 (KG.). Werden bei einer Hypothek die in der Schuldurkunde festgesetzten Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen geändert, so ist die darüber ausgestellte Urkunde mit dem HypBriefe zu verbinden, da die Abänderungsurkunde zusammen mit der Schuldurkunde nunmehr als „die Urkunde über die Forderung" zu gelten hat.

§ 60. KGJ. **30** A 272, RJA. **6** 78, R. **05** 575, ZBlFG. **6** 320 (KG.). Ist bei Bestellung einer Hypothek der Gläubiger durch den Grundstückseigentümer gemäß § 1117 BGB. ermächtigt worden, sich den Hypothekenbrief von dem Grundbuchamt aushändigen zu lassen, so bedarf sein Antrag, ihm in Verfolg der Ermächtigung den Brief auszuhändigen, keiner besonderen Form. Die Ermächtigung ist die „abweichende Bestimmung des Eigentümers" im Sinne des § 60 Abs. 2, die den Gläubiger zur Empfangnahme des Briefes anstatt des Eigentümers legitimiert.

2. *Güthe, GBO. 940. Die Zurücknahme der Bestimmung wird nicht dadurch unzulässig, daß der andere Teil der Bestimmung beigetreten ist.

§ 61. Vgl. Ziff. 1 zu § 1198 BGB.

§ 68. *Güthe, GBO. 982 f. Der neue Brief wird nach der gegenwärtigen Lage des Grundbuchs hergestellt; alle Änderungen, die sich außerhalb des Grundbuchs vollzogen haben, sind unbeachtet zu lassen. Die Feststellung der gegenwärtigen Lage des Grundbuchs erfolgt lediglich nach dem Inhalte des Grundbuchs.

§ 70. *Güthe, GBO. 993 f. Die Ausstellung von Zinsscheinen für Grundschulden und Rentenschulden, deren Brief auf den Inhaber lautet, erfolgt nicht durch das GBA., sondern nur durch den Aussteller der Grundschuld, d. h. durch den Eigentümer des Grundstücks. Eine Folge hiervon ist, daß sich das GBA. um das Vorhandensein solcher Scheine nicht zu kümmern braucht und insbesondere auch die Löschung der Grundschuld ohne die Vorlegung der Scheine vornehmen darf.

Vierter Abschnitt. Beschwerde.

Literatur: Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit, BuschsZ. **34** 233.

§ 71. *Unger, BuschsZ. **34** 259 f. Die Regelung des Rechtsmittelwesens in der GBO. ist der Ergänzung durch die Rechtsmittelregelung des FGG. unzugänglich. — Zustimmend Josef, Kommentar zum FGG. (2) 4; aM. Lehrb. 28 und Aron, BuschsZ. **27** 316, wonach das Beschwerdeverfahren in Grundbuchsachen zu den Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit im Sinne des § 1 FGG. gehört.

A. Legitimation zur Beschwerde. 1. RJA. **6** 247 (KG.). Durch die Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstück (§ 890 Abs. 1 BGB.) werden die Rechtsverhältnisse der auf ihnen ruhenden Hypotheken, insbes. das Recht, im Wege der ZwVollstr. aus den einzelnen haftenden Grundstücken Befriedigung zu verlangen, nicht berührt. Deshalb steht auch dem einzelnen Hypothekengläubiger gegen die von dem Eigentümer veranlaßte Vereinigung die Beschwerde nicht zu.

2. KGJ. **30** A 178, RJA. **6** 73 (KG.). Der Gläubiger einer Gesamthypothek ist berechtigt, über die Ablehnung des von dem Grundstückseigentümer gestellten Antrags, das eine belastete Grundstück dem anderen als dessen Bestandteil zuzuschreiben (§ 890 Abs. 2 BGB.), Beschwerde zu führen, da durch die getroffene Entscheidung seine dingliche Rechtsstellung geändert wird (BGB. § 1131). Vgl. auch Ziff. 3 zu § 890 BGB. und Ziff. 3 zu § 13 GBO.

3. KGJ. **30** A 202, OLG. **10** 428 (KG.). Weder das Katasteramt noch die diesem vorgesetzte Regierung sind beschwerdeberechtigt, wenn das Grundbuchamt die Berichtigung des Grundbuchs auf Grund der Flurbuchsanhänge ablehnt, da das Katasteramt nicht die Beteiligten vertritt, sondern eine staatliche Funktion ausübt.

4. PosMSchr. **05** 172 (KG.). Das Amtsgericht ist, abgesehen von den Fällen der §§ 1665, 1846 BGB. u. § 54 FGG., weder als Vormundschafts-,

noch als Nachlaßgericht beschwerdeberechtigt, insbes. auch nicht auf Grund § 39 GBO.

B. Beschwerde gegen Entscheidungen. 1. ElsLothNotZ. **05** 7, ElsLothZ. **05** 180 (Colmar). Das Beschwerdegericht ist mit der Prüfung der angefochtenen Entscheidung innerhalb der durch den Antrag des Beschwerdeführers gezogenen Grenzen befaßt, hierbei aber nicht durch die vom Beschwerdeführer angegebenen Gründe beschränkt.

2. OLG. **10** 437 (KG.). Zur Entscheidung von Fragen, welche lediglich akademische Bedeutung haben, also zu rein theoretischen Entscheidungen ist das Beschwerdegericht nicht berufen.

3. RJA. **6** 250 (KG.). Stellt sich die einen Beteiligten treffende Verfügung des Amtsgerichts nur als Ausführung der in der Beschwerdeinstanz ergangenen Entscheidung des Landgerichts dar, so ist das zuständige Rechtsmittel nicht die Beschwerde gegen die Verfügung des Amtsgerichts, sondern die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts, weil diese sich als die maßgebende darstellt. Vgl. KGJ. **21** A 98, **29** A 11, OLG. **5** 201, **8** 236, RJA. **2** 41 (KG.).

C. Beschwerde gegen eine Eintragung. 1. Wie JDR. **2** Ziff. 3d und f, auch KGJ. **29** A 171.

2. KGJ. **30** A 184 (KG.). Die Beschwerde gegen eine Eintragung ist auch dann unzulässig, wenn vorher eine „Remonstration" an das GBA. gerichtet war. Vgl. **RG. 55** 404.

3. RJA. **6** 247, 251 (KG.). Die Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Grundstück (§ 890 Abs. 1 BGB.) ist eine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 1, gegen welche die Beschwerde nicht zulässig ist. Vgl. KGJ. **23** A 223.

4. PosMSchr. **05** 133 (KG.). Die Rückgängigmachung von Eintragungen, z. B. die Wiederzuschreibung abgeschriebener Trennstücke kann im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht werden.

5. RheinAKB. **23** 59 (KG.). In Grundbuchsachen ist die Beschwerde gegen eine Eintragung unzulässig, und zwar auch dann, wenn nur die Änderung einer dem Antrage nicht entsprechenden Eintragung begehrt wird, auch kann hierzu das Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO. nicht benutzt werden; es kann nur ein Widerspruch eingetragen und dieser wiederum nur durch einen neuen Antrag beseitigt werden.

6. OLG. **11** 5, ElsLothNotZ. **05** 43, ElsLothZ. **05** 304 (Colmar). Die Beschwerde gegen eine Eintragung ist nur insoweit unzulässig, als sie sich gegen das eingetragene Recht selbst richtet, nicht aber, wenn sie sich nur gegen die Fassung der Eintragung richtet, wodurch deren materieller Inhalt nicht verändert wird.

D. *Güthe, GBO. 999 ff. Über das Verhältnis von § 71 Abs. 2 Satz 1 zu § 22 ist folgendes zu bemerken. Ist die Eintragung ursprünglich richtig gewesen, stützt sich also die Berichtigung darauf, daß das Grundbuch durch spätere außerbücherliche Rechtsakte unrichtig geworden ist, so richtet sich die Beschwerde über die Zurückweisung des Berichtigungsantrags nicht gegen die Vornahme, sondern gegen das Weiterbestehenlassen der Eintragung. Dieser Fall wird daher von § 71 Abs. 2 Satz 1 nicht betroffen. Ist dagegen die Eintragung von vornherein unrichtig, so kann zwar die Berichtigung nicht nur auf Grund der Bewilligung des Betroffenen, sondern auch auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit erfolgen; der Grundbuchrichter darf also seine Eintragung auf Antrag berichtigen. Dagegen ist Beschwerde gegen die Zurückweisung des Berichtigungsantrags unzulässig. Dies unbefriedigende Ergebnis wird sich nicht vermeiden lassen. Es ist die Folge des § 71 Abs. 2 Satz 1.

Diese Vorschrift paßt in ein System, in dem die Berichtigung auf Grund des Nachweises der Unrichtigkeit zugelassen ist, überhaupt nicht hinein.

§ 74. 1. Wie JDR. **3** Ziff. 1 zu § 74 auch SeuffA. **60** 47 (Dresden).

2. Die Entsch. ZBlFG. **5** 560, JDR. **3** Ziff. 2 zu § 74 auch BayRpflZ. **05** 108, SeuffBl. **05** 153.

§ 77. *Güthe, GBO. 1020 f. Das Beschwerdegericht muß, wenn das Grundbuchamt den Eintragungsantrag aus formellen Gründen abgewiesen hat und das Beschwerdegericht diesen Grund für irrig hält, das gesamte Sach- und Rechtsverhältnis prüfen. Es darf sich nicht auf die Frage beschränken, ob der Grund des Grundbuchamts zutreffend ist oder nicht, und darf nicht die weitere Prüfung dem Grundbuchamte zuweisen.

§ 78. 1. ElsLothZ. **05** 315 (Colmar). Eine weitere Beschwerde ist gegen eine Entscheidung zulässig, die scheinbar dem Antrage stattgibt, deren Gründe aber ihr einen anderen Charakter verleihen, wenn z. B. die Eintragung des Miteigentums (nach Bruchteilen) beantragt ist, das Beschwerdegericht aber mißverständlich angenommen hat, es werde die Eintragung „in aufgelöster Gütergemeinschaft des alten Rechtes" verlangt.

2. MecklZ. **24** 19, ZBlFG. **6** 380 (Rostock). Die weitere Beschwerde gegen eine Entscheidung, durch die eine Zwischenverfügung des GBA. (§ 18) zurückgewiesen wird, wird nicht dadurch unzulässig, daß das GBA. nach Zurückweisung der ersten Beschwerde den Antrag endgültig zurückgewiesen hat. Die Aufhebung der ersten Beschwerdeentscheidung hat dann nicht nur die Aufhebung der Zwischenverfügung, sondern auch die der Endentscheidung des GBA. zur Folge.

§ 80. 1. ElsLothNotZ. **05** 361, ElsLothZ. **06** 60 (Colmar). Wenn der Notar den Eintragungsantrag nicht selbst gestellt, sondern nur beglaubigt hat, muß die schriftliche weitere Beschwerde von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Ebenso OLG. **1** 266, **7** 232, RJA. **2** 107 (KG.).

2. KGJ. **29** A 112, DNotV. **05** 730 (KG.). Öffentliche Behörde im Sinne des § 80 Abs. 1 Satz 3 ist ein Organ der Staatsgewalt, welches berufen ist, unter öffentlicher Autorität nach eigenem Ermessen für die Zwecke des Staates tätig zu sein, mag das Organ unmittelbar vom Staate oder von einer dem Staate untergeordneten Korporation zunächst für deren Angelegenheiten bestimmt sein, sofern diese Angelegenheiten zugleich in den Bereich der Staatszwecke fallen. Eine solche öffentliche Behörde ist auch das Berliner Pfandbriefamt. Allerh. Erl. vom 8. 5. 68 (GS. 450).

3. WürttZ. **05** 205 (Stuttgart). Der § 80 Abs. 1 Satz 3 bezieht sich auch auf den Fall, daß eine Behörde nicht in eigenem Namen, sondern als gesetzliche Vertreterin oder Bevollmächtigte oder Beauftragte einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes tätig wird.

Fünfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 90. *Güthe, GBO. 1087. Die Wiedereröffnung des früheren Blattes eines ausgebuchten Grundstücks ist unzulässig; vielmehr ist nach § 91 GBO., Artt. 16 ff. preuß. Kgl. VO. v. 13. 11. 99 ein neues Blatt anzulegen.

§ 91. Zur Auslegung der preußischen Kgl. VO. vom 13. 11. 99. **Art 1. a)** KGJ. **29** A 123 (KG.). Soweit öffentliche Wege und Gewässer Gegenstand eines in einem Separationsrezesse zugewiesenen Privateigentums sind, erfolgt die Anlegung des Grundbuchs nur auf Antrag, und zwar sämtlicher Beteiligter, oder, wenn sie gemäß dem PrG. v. 2. 4. 87 organisiert sind, auf Antrag des bestellten Vertreters. — **b)** KGJ. **30** A 174 (KG.). Die Eintragung eines nicht buchungspflichtigen Grundstücks ist von Amts wegen zu betreiben, sobald der erforderliche Eintragungsantrag gestellt ist.

Artt. 11, 20. KGJ. **30** A 171 (KG.). Die Amtsvorsteher sind als Verwalter der Polizei staatliche Behörden und zur Ausstellung von Besitzzeugnissen für juristische Personen behufs Anlegung eines Grundbuchblatts befugt. Vgl. RG. JW. **04** 233, dagegen **01** 665 und Turnau-Förster (2) II 388.

Art. 15. KGJ. **30** A 174 (KG.). Im Geltungsbereiche des rheinischen Rechtes darf die Grundbucheintragung eines noch ungebuchten Grundstücks, das im Flurbuch unter den „öffentlichen Wegen und Gewässern" aufgeführt steht, nicht davon abhängig gemacht werden, daß es vorher auf den Namen eines bestimmten Eigentümers im Flurbuch umgeschrieben wird.

Art. 20. **a)** OLG. **11** 6 (KG.). Ein vor dem Inkrafttreten der GBO. ergangenes Ausschlußurteil hat dieselbe Wirkung wie ein später erlassenes, vorausgesetzt, daß es den Erfordernissen der Artt. 21—27 der VO. entspricht. — **b)** KGJ. **29** A 119 (KG.). Auf Grund eines dem Art. 20 Nr. 2 entsprechenden Besitzzeugnisses kann nur derjenige als Eigentümer eingetragen werden, in dessen Person der vorausgesetzte Eigentumserwerb am 1. 1. 00 schon vollendet war. Ein späterer Erwerber muß außerdem einen Erwerbsakt nachweisen, der sich nach neuem Rechte außerhalb des Grundbuchs (z. B. im Wege des Erbganges) vollziehen konnte.

§§ 93 ff. Zur Auslegung der PrAVf. v. 20. 11. 99. **§ 4.** **a)** KGJ. **29** A 153 (KG.). Die Frage, ob Ungeborene im Grundbuch als Berechtigte eingetragen werden können, gehört nicht dem Grundbuchrechte, sondern dem materiellen Rechte an. — **b)** KGJ. **29** A 179, OLG. **10** 422 (KG.). Wird eine Hypothek an Ehegatten übertragen, so ist die Bezeichnung der neuen Gläubiger mit dem Namen des Mannes und der Hinzufügung „und seiner Ehefrau" keine genügende Gläubigerbezeichnung. Vgl. KGJ. **28** A 116.

§ 94. *Güthe, GBO. 1107. Stimmen Grundbuch und Tabelle nicht überein, so begeht der Grundbuchrichter, der sich lediglich auf die Richtigkeit der Tabelle verlassen hat, ein Versehen auch dann, wenn die Schuld an der Nichtübereinstimmung nicht ihn, sondern seinen Amtsvorgänger oder Stellvertreter trifft. Jedoch wird ein solches Versehen als eine grobe Fahrlässigkeit und damit als die Schadensersatzpflicht nach Art. 8 PrAGGBO. begründend nur dann angesehen werden dürfen, wenn besondere Umstände vorgelegen haben, die für den Grundbuchrichter die Veranlassung zu einer Vergleichung der Tabelle mit dem Grundbuche hätten abgeben müssen.

§ 99. *Güthe, GBO. a) Nicht nötig ist, daß die Eintragung des Eigentums (Erbbaurechts) eine Rechtsänderung darstellt, also Auflassung erfordert; es gehören vielmehr hierher auch die Fälle, in denen eine Grundbuchberichtigung vorliegt. Ein solcher Fall ist namentlich dann gegeben, wenn die Miterben eines Nachlaßgrundstücks ihre Anteile an dem Nachlasse sämtlich auf einen von ihnen durch dinglichen Vertrag gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. übertragen (1139). — b) Die Ausstellung des Zeugnisses setzt die vorgängige Abgabe der Auflassungserklärung — Erbbaurechtsübertragungserklärung — voraus (1140).

2. Lubowski, DJZ. **05** 690 ist der Ansicht, daß der Art. 10 PrAGGBO. lediglich Bedeutung hat für die Auseinandersetzung hinsichtlich eines im bisherigen Geltungsgebiete des rheinischen Rechtes belegenen Nachlaßgrundstücks (Art. 26 AG.). Vgl. dagegen JDR. **2** und **3** zu § 99.

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Vorbemerkung: Die Literatur über das FGG. war im Jahre 1905 ziemlich spärlich. Der Kommentar von Wellstein ist in 2. Auflage erschienen. Das österreichische Recht behandelt Friedländer, Die Vorschriften über Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen. Aus den früheren Jahren ist im vorigen Bande unerwähnt geblieben: Die systematische Darstellung der freiwilligen Gerichtsbarkeit von Siméon. Die Rechtsprechung im verflossenen Jahre beschäftigt sich vornehmlich mit dem Rechtshilfeverfahren und dem Beschwerderecht, daneben sind einige wichtigere Entscheidungen in Handelsregister- und in Beurkundungssachen ergangen.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

§ 1. Unger, BuschsZ. 34 264 f. Zu den durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten gehört auch die gerichtliche Beurkundung von Rechtsgeschäften.

§ 2. Literatur: Delius, Handbuch des Rechtshilfeverfahrens.

1. Allgemeines. Josef, ZBlFG. 5 201, bekämpft die Ansicht des RG. (vgl. JDR. 3 178), daß es für die Frage der Verpflichtung zur Rechtshilfe darauf ankomme, ob die von dem ersuchten Gerichte vorzunehmende Amtshandlung eine durch Reichsgesetz den Gerichten zugewiesene Angelegenheit sei. Er führt aus, daß es vielmehr lediglich darauf ankomme, ob das bei dem ersuchenden Gericht anhängige Verfahren, in dessen Verlauf das Rechtshilfeersuchen ergehe, eine derartige Angelegenheit sei. Die vom RG. erörterte Frage, ob die Beurkundung von Rechtsgeschäften durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen sei, scheide danach überall aus, wo das ersuchende Gericht eine Beurkundungshandlung in einem bei ihm anhängigen Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit, also besonders in dem Verfahren des Vormundschafts-, Nachlaß-, Register- und Grundbuchwesens verlange. Der Fall eines Ersuchens um Rechtshilfe bei selbständigen Beurkundungen werde kaum vorkommen. Es müsse aber auch einem solchen Ersuchen Folge geleistet werden, da der Ansicht des RG., die Beurkundung von Rechtsgeschäften gehöre nicht zu den durch Reichsgesetz den Gerichten übertragenen Angelegenheiten, nicht beizutreten sei.

2. Vormundschaftssachen. **a)** SächsOLG. 26 478. Das Ersuchen, eine zur Vormundschaft gesetzlich berufene Person über die Geltendmachung ihres Berufungsrechts zu hören, darf nicht abgelehnt werden. — **b)** DJZ. 05 748 (KG.). Das Rechtshilfeersuchen des Vormundschaftsrichters um zeugeneidliche Vernehmung der Mutter über den Erzeuger ihres unehelichen Kindes ist abzulehnen.

3. Nachlaßsachen. **a)** Aus § 2 FGG. in Verbindung mit § 167 GVG. leitet Dernburg, Erbrecht 80, die Folge her, daß ein öffentliches Testament auch dann gültig sei, wenn der Richter oder Notar dabei die Landesgrenze überschritten hat. AM. *Jastrow, BuschsZ. 34 506. — **b)** BayObLG. 5 516. Das Nachlaßgericht hat die ihm obliegende Eröffnung eines Testaments selbst vorzunehmen, es ist nicht statthaft, darum ein anderes Gericht im Wege der Rechtshilfe zu ersuchen; nur die im § 2262 BGB. vorgeschriebene Kenntnisgabe des Inhalts des Testaments kann auch auf dem Wege der Rechtshilfe durch ein anderes Gericht bewirkt werden. — **c)** ElsLothNotZ. 05 232 (Colmar). Ein els.-lothr. AG., das von einem als Nachlaßgericht fungierenden badischen Notariat um Aufnahme eines Verzeichnisses über den Nachlaß eines in seinem Bezirke wohnhaft gewesenen Erblassers ersucht wird, muß diesem Ersuchen durch Aufnahme oder Anordnung der Aufnahme des Nachlaßverzeichnisses entsprechen. —

d) BadNotZ. **05** 142 (Karlsruhe). In Baden muß das um Verzeichnung eines Nachlaßbestandteils angegangene Nachlaßgericht im Wege der Rechtshilfe dem Ersuchen eines fremden Nachlaßgerichts stattgeben.

§ 6. 1. Abs. 1. **a)** ElsLothZ. **05** 408 (Colmar). Ein Notar, der als Bevollmächtigter eines Beteiligten Anträge gestellt hat, die sich auf die Ernennung eines Notars für das Vermittelungsverfahren beziehen, ist dieserhalb nicht von der Vornahme der Vermittelung der Auseinandersetzung ausgeschlossen. — **b)** ElsLothNotZ. **05** 54 (Colmar). Im Verfahren betreffend die Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft ist die weitere Beschwerde wegen der Person des Auseinandersetzungsnotars unzulässig. Vgl. u. § 170.

2. Abs. 2. Schultze-Görlitz, ZBlFG. **5** 737 ff. Die Ablehnung eines Sachverständigen wegen Befangenheit ist auch im Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit nicht ausgeschlossen, da auf den Beweis durch Sachverständige gemäß § 15 FGG. die Vorschriften der ZPO. entsprechende Anwendung finden.

§ 7. I. 1. Gegen Dernburg, Erbrecht 411, welcher die Bestimmung, daß Handlungen eines örtlich unzuständigen Gerichts nicht unwirksam sind, auch auf Parteierklärungen erstrecken will, die gegenüber einem unzuständigen Gericht abgegeben sind, wendet sich mit eingehender Begründung *Jastrow, BuschsZ. **34** 499 (vgl. BGB. § 1945 Ziff. 1).

2. Josef, DNotV. **05** 177. Der Gerichtsschreiber ist zur Entgegennahme von Erklärungen zuständig, auch soweit diese rechtsgeschäftlichen Inhalts sind, es sei denn, daß für eine Erklärung „gerichtliche Beurkundung" oder vorgeschrieben ist, daß sie in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist.

3. Josef, ZBlFG. **5** 818 ff. a) Insofern die gegenüber dem Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit abzugebenden Erklärungen rechtsgeschäftlichen Inhalts sind, d. h. insofern kraft der Erklärung als ihre notwendige und unmittelbare Folge Rechte begründet, verändert oder aufgehoben werden, bedarf die Erklärung, wofern sie schriftlich eingereicht wird, nach § 126 BGB. und § 11 FGG. der Unterzeichnung durch den Beteiligten. Hierher gehört z. B. die Erklärung des Erben, durch die eine Erbeinsetzung angefochten wird, die Erklärung des Testamentsvollstreckers, durch die er das Amt annimmt oder kündigt. — b) Insofern die Anträge und Erklärungen nicht rechtsgeschäftlichen Inhalts in dem oben angegebenen Sinne sind, läßt sich die Notwendigkeit der Unterschrift weder aus § 126 BGB. noch aus dem Wesen der schriftlichen Erklärung herleiten. Um den etwaigen Zweifel zu beseitigen, daß die Erklärung ohne Willen des Beteiligten bei Gericht eingegangen sei, hat das Gericht geeignetenfalls gemäß § 12 den Beteiligten zur Erklärung hierüber aufzufordern; das innerhalb der gesetzlichen Frist eingereichte unterschriftslose Schriftstück gilt als rechtswirksam und rechtzeitig dem Gerichte zugegangen, auch wenn die Anerkennung des Beteiligten erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist eingeht. Erklärungen und Anträge dieser Art sind z. B. alle Anzeigen und Anmeldungen, Gesuche, ferner der reine Löschungsantrag, der Auseinandersetzungsantrag und die Ablehnung der Vormundschaft, ganz besonders aber die Beschwerde-, Einspruchs- und Widerspruchsschrift. Denn alle diese Schriftstücke haben nicht als solche, nicht kraft der Erklärung eine Rechtsveränderung zur Folge, sondern diese tritt nur ein als Folge des Gerichtsbeschlusses, der dem Antrage des Erklärenden stattgibt.

II. **a)** RJA. **6** 1, ZBlFG. **6** 261, KGJ. **30** A 289, ElsLothZ. **05** 417, R. **05** 316, ElsLothNotZ. **05** 161 (Colmar). Die von einem örtlich unzuständigen Gerichte vorgenommene gerichtliche Handlung ist zwar nicht unwirksam, kann aber aus diesem Grunde von jedem Beteiligten mit der Beschwerde angefochten werden. — **b)** RJA. **6** 85, KGJ. **30** A 4, PosMSchr. **05** 131, ZBlFG. **6** 433 (KG.). Eine Beschwerde gegen das gesamte Verfahren des Vormundschaftsgerichts

wegen örtlicher Unzuständigkeit ist nur zu dem Zwecke zuzulassen, um für die Zukunft einer weiteren Tätigkeit des unzuständigen Gerichts vorzubeugen und dieses zu veranlassen, alle nach dem Gesetze zugelassenen Schritte zu tun, um die Vormundschaft an das örtlich zuständige Gericht abzugeben, nicht aber mit dem Ziele der Aufhebung seines Verfahrens und der Vormundschaft auch für die Vergangenheit.

§ 12. I. 1. Josef, ABürgR. **26** 352 ff. Kennzeichnend für das „echte Streitverfahren" ist nicht nur, daß das Gericht lediglich auf Antrag tätig wird, der Antrag danach eine materielle Voraussetzung für das Einschreiten des Gerichts ist und dessen Umfang bestimmt, der Wegfall des Antrags aber die Tätigkeit des Gerichts beendigt, sondern kennzeichnend ist weiter, daß hier begriffsnotwendig mehrere mit entgegengesetzten Anträgen Beteiligte sich gegenüberstehen müssen.

2. Als Mittel, mit welchen der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine ihm unter der Pflicht des § 12 FGG. nötig erscheinende Urkundenvorlage durchzusetzen in der Lage ist, führt Marcus, R. **05** 613 f. an: a) Für den Kreis der handelsregisterrichterlichen Tätigkeit § 127 FGG.; hiernach kann der Richter zur Verwirklichung der Beweiserhebung den Beteiligten zur Klage aus § 810 BGB. verweisen und auf Grund des dadurch erzielten Vollstreckungstitels antragsmäßig weiter verfahren. — b) Wo immer in dem beweisbedürftigen Verfahren ein Antragsgegner da ist, können die Folgen der Nichterfüllung des richterlichen Editionsgebots unter das Präjudiz des § 427 ZPO. gestellt werden. — c) Wo es an einem Antragsgegner fehlt, ist die Bestimmung des § 940 ZPO. auch in den Dienst des § 12 FGG. zu stellen.

3. Josef, DNotV. **05** 337 ff. Nach dem Tode des Mannes kann die Unehelichkeit des Kindes in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis geltend gemacht werden; insbesondere kann das Kind selbst seine Unehelichkeit geltend machen, um durch Klage gegen den Erzeuger dessen Unterhaltspflicht zu erzwingen. Das Kind behält aber die allgemeine Rechtsstellung eines ehelichen Kindes und steht unter der elterlichen Gewalt der Mutter. Das Vormundschaftsgericht kann sonach weder eine Vormundschaft noch eine Pflegschaft anordnen, folglich auch nicht auf Grund des § 12 FGG. Ermittelungen über die Ehelichkeit anstellen.

4. Pitel, ZBlFG. **6** 196. Für die Zulässigkeit der Aussetzung der Entscheidung in Zwangserziehungssachen s. § 1666 BGB.

II. Aus der Praxis. **a)** KGJ. **30** A 288, RJA. **6** 50 (Hamburg). In Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit kann das Gericht auch ohne zuvorige Anhörung der Beteiligten über das Ergebnis angestellter Ermittelungen und erhobener Beweise entscheiden. — **b)** ZBlFG. **6** 30 (Stuttgart). Das freie Ermessen des Gerichts in der Bestimmung des Umfanges der anzustellenden Ermittelungen findet seine Grenze in der von § 12 FGG. dem Gericht auferlegten Verpflichtung; das Gericht darf daher beantragte Beweiserhebungen nur dann zurückweisen, wenn es als ausgeschlossen zu gelten hat, daß sie ein sachdienliches Ergebnis haben könnten. — **c)** LG. Straßburg, ElsLothNotZ. **05** 64. Das Vormundschaftsgericht kann zum Nachweise darüber, daß sämtliche Erben bei der Teilung mitgewirkt haben, nicht einen Erbschein verlangen. Hat es hierüber Bedenken, so ist es verpflichtet, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und Beweise zu erheben. — **d)** RJA. 5 143, ZBlFG. **6** 65, R. **05** 292 (KG.). Das Nachlaßgericht, bei dem die Erteilung eines Erbscheins beantragt wird, hat von Amts wegen zu prüfen, ob eine der Erteilung entgegenstehende frühere Erbschaftsausschlagung wegen Versäumung der Ausschlagungsfrist unwirksam ist.

§ 13. *Beßler, BadNotZ. **05** 113. Die Vertretung durch Bevollmächtigte setzt als selbstverständlich voraus, daß eine solche Vertretung der Natur der Sache nach überhaupt möglich ist; wo das ausgeschlossen ist, kann auch von einer wirksamen Vollmachtserteilung keine Rede sein. Es ist daher nicht statthaft, zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung gemäß §§ 2356 Abs. 2, 2357 BGB. einen Bevollmächtigten zu bestellen, da der Erbe ihm durch die Vollmacht sein Wissen nicht übertragen kann, dieses Wissen oder Nichtwissen aber allein in Frage kommt. An Stelle eines geschäftsunfähigen Erben hat dessen gesetzlicher Vertreter die Versicherung abzugeben. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erbe, welcher das 16. Lebensjahr vollendet hat oder nur wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt oder unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, hat die eidesstattliche Versicherung selber abzugeben; in allen anderen Fällen handelt sein gesetzlicher Vertreter für ihn. Vgl. IDR. **3** Ziff. 6.

2. BayRpflZ. **05** 60 (Bamberg). Der Vater eines unehelichen Kindes kann zum Erscheinen vor dem Vormundschaftsgericht nicht gezwungen werden.

§ 15. 1. Schultze-Görlitz, ZBlFG. **5** 737. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der ZPO. kann nicht dazu führen, ein zwar im zivilprozessualen Verfahren mögliches, aber nach FGG. ausgeschlossenes Rechtsmittel zu gewähren. Hat ein OLG. als Beschwerdegericht in einer Sache entschieden, in der das LG. als Gericht erster Instanz eine Verfügung erlassen hat, so findet eine weitere Beschwerde an das RG. nicht statt; denn das FGG. kennt eine Beschwerdetätigkeit des RG. nur behufs Wahrung der Rechtseinheit nach § 28 Abs. 2, wenn das AG. die erste Instanz bildete, und auch hier wird es nur an Stelle des OLG. tätig, nicht als ein im Instanzenzuge diesem übergeordnetes Gericht.

2. Marcus, R. **05** 613 ff., führt aus, daß § 15 FGG. den Urkundenbeweis im Verfahren betr. die freiw. Gerichtsbarkeit weder einschränkt noch richterlicher Willkür anheimgibt, sondern auf das materielle Recht und dessen Voraussetzungen abstellt.

3. Josef, ABürgR. **26** 353. Im Verfahren aus den §§ 1635, 1666 BGB. mit dem Endzwecke, dem Vater die Sorge für die Person zu nehmen, sind die Kinder nur Objekte des gerichtlichen Schutzes, nicht Beteiligte im Verfahren; sie können daher in einem solchen Verfahren auch als Zeugen gegen den Vater vernommen werden, gegen den allein das Verfahren sich richtet, der sonach hierbei der allein „Beteiligte" die alleinige „Partei" ist.

§ 16. 1. *Unger, BuschsZ. **34** 330 ff. Wirksamwerden der Verfügung. Wirksam im Sinne des § 16 Abs. 1 werden können nur solche Verfügungen, welche eine Änderung der Rechtslage unmittelbar durch den Ausspruch dieser Änderung bewirken wollen; Wirksamkeit bedeutet hier das Stadium des Verfügungsvorganges, in welchem dieser Ausspruch für die Beteiligten nicht mehr bloß als beschlossen oder als angekündigt, sondern als erfolgt gilt (331). — Dieses Wirksamsein für die am Verfahren Beteiligten ist erforderlich, aber nicht allein für sich genügend zur Rechtswirksamkeit für am Verfahren nicht Beteiligte, z. B. in den Fällen der §§ 1829 Abs. 1 Satz 2, 2202 Abs. 1 BGB. (333). — Bestimmt ihrem Inhalte nach im Sinne des § 16 Abs. 1 ist eine Verfügung für die Personen, denen sie bekannt werden muß, um ihren unmittelbaren Zweck zu erreichen; also für die durch die Verfügung Aufgeforderten, mit einer Besorgung Beauftragten oder unmittelbar in eine neue — günstigere oder ungünstigere — Rechtslage Versetzten (335). — Ist eine Verfügung für mehrere Personen bestimmt, so wird sie, wenn ihre Ausführung gegenüber einer einzelnen Person ohne gleichzeitige Ausführung gegenüber den anderen rechtlich möglich ist, wirksam für jede einzelne Person mit der Bekanntmachung an dieselbe; wenn da-

gegen nur eine einheitliche Ausführung rechtlich möglich ist, wie z. B. gegenüber einer Erbengemeinschaft oder einer anderen zu rechtlicher Einheit verbundenen Personenmehrheit, oder bei einer die Rechte verschiedener Personen gegeneinander abgrenzenden Verfügung, oder bei Bestätigung eines Vertrags, so wird die Verfügung für alle Personen mit der Bekanntmachung an eine derselben wirksam (336 f.)

2. Josef, DNotV. **05** 349, 358. Das Prozeßgericht hat selbständig die Frage zu prüfen, ob eine in der freiw. Gerichtsbarkeit erlassene Verfügung wirksam geworden ist, d. h. ob sie ordnungsmäßig bekannt gemacht ist und das Prozeßgericht hat die Wirksamkeit der Verfügung zu verneinen, wenn die Bekanntmachung nicht ordnungsmäßig erfolgt ist. Den Gründen der Entscheidungen der freiw. Gerichtsbarkeit wohnt aber bindende Kraft ebensowenig inne, wie in der streitigen Gerichtsbarkeit.

§ 18. LG. I Berlin, ZBlFG. **6** 225. Der Richter der freiw. Gerichtsbarkeit ist nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, seine durch Beschwerde angefochtene Entscheidung aus Gründen, die erst nach der Entscheidung hervorgetreten sind, von Amts wegen zu ändern. Durch die Prüfung des neuen Vorbringens erst in der Beschwerdeinstanz würde den Beteiligten insoweit eine neue Instanz entgehen.

Zu §§ 19 ff. *Unger, Die Rechtsmittel im Verfahren der freiw. Gerichtsbarkeit nach Reichsrecht. Der in BuschsZ. **34** 233 ff. veröffentlichte Anfang dieser Abhandlung gibt in der Einleitung einen Überblick über die Geschichte der bisherigen wissenschaftlichen Behandlung des Verfahrens der freiw. Gerichtsbarkeit, sowie eine Erörterung der Unterschiede der Rechtsmittel von den Aufsichtsbeschwerden (238) und von den Anträgen auf Bestimmung des zuständigen Gerichts (241) und behandelt sodann die geschichtliche Entwickelung des Rechtsmittelwesens der freiw. Gerichtsbarkeit (242), insbesondere die Extrajudizialappellation (245), die Abschwächung derselben in die einfache Beschwerde (247), die frühere Verwechselung des Rechtsmittels mit der Aufsichtsbeschwerde (250), die neueren Landesgesetzgebungen (252), die Reichgesetzgebung (255). Hierauf wird zur Darstellung des geltenden Rechtes übergegangen, und werden behufs Grundlegung für die Rechtsmittellehre zunächst in einem besonderen Abschnitte die Natur und die für die Rechtsmittellehre bedeutsamen Eigenschaften der erstinstanzlichen Entschließungen erörtert (262). Diese Erörterung beginnt mit einer übersichtlichen Zusammenstellung der durch Reichsrecht der freiw. Gerichtsbarkeit zugewiesenen Arten der Tätigkeit; sodann werden behandelt Natur und Zweck der Tätigkeit der freiw. Gerichtsbarkeit im allgemeinen (271), der Unterschied dieser Tätigkeit von der des Prozeßrichters und die aus diesem Unterschiede zu ziehenden Folgerungen (272), der Begriff der einzelnen Angelegenheit und des einzelnen Verfahrens in der freiw. Gerichtsbarkeit (279), der Begriff der Beteiligung (Parteieigenschaft) im allgemeinen (281), die Kennzeichnung der an den einzelnen Arten von Angelegenheiten, an dem einzelnen Verfahren Beteiligten (284), die Scheidung der Angelegenheiten in solche, die von Amts wegen, und solche, die nur auf Antrag zu behandeln sind (312), die Scheidung der einzelnen Antragssachen nach den Personen der Antragsteller (314), die Einteilung der Gerichtsentschließungen in sachliche und Verfahrensentschließungen (316), die Bezeichnung derselben (317), die Erlassung (319), die Ausführung der Verfügungen in ihren verschiedenen Arten (322), die Gültigkeit und Nichtigkeit der Verfügungen (325), das Wirksamwerden derselben (330).

§ 19. I. 1. Schultze-Görlitz, ZBlFG. **5** 622. Auch gegen Zwischenverfügungen, die die Entscheidung nur vorbereiten, findet die Beschwerde statt, und zwar auch, wenn sie vom Landgericht in der Beschwerdeinstanz ergehen.

2. Schultze-Görlitz, ZBlFG. 5 618—623 u. 738. Das OLG. ist berechtigt, unter Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts, die Sache zur anderweiten Entscheidung in die Beschwerdeinstanz zurückzuverweisen. — Die einzelnen Zwischenverfügungen, die sodann das LG. innerhalb der Fortführung des Verfahrens erläßt, sind nicht Entscheidungen der Beschwerdeinstanz als solcher, sondern sie sind als erstinstanzliche Verfügungen des LG. aufzufassen und daher findet gegen sie die einfache Beschwerde statt, über die das örtlich vorgesetzte OLG. entscheidet. — Gegen den hiernach ergehenden Beschluß des OLG. findet weitere Beschwerde nicht statt.

II. Aus der Praxis. 1. Allgemeines. **a)** ElsLothZ. **05** 594, ElsLoth. NotZ. **05** 224 (Colmar). Die Beschwerde findet auch gegen die die Entscheidung bloß vorbereitenden Zwischenverfügungen statt. — **b)** ElsLothNotZ. **05** 222 (Colmar). Die Beschwerde ist zulässig gegen eine Verfügung, durch welche ein Antragsteller um die Berichtigung einer eidesstattlichen Versicherung und um die Vorlage von Urkunden ersucht wird. — **c)** BayObLG. **5** 511. Auch die Entscheidung über den Kostenpunkt ist für sich mit der Beschwerde und weiteren Beschwerde anfechtbar.

2. Vormundschaftssachen. **a)** RJA. **5** 224, KGJ. **29** A 251, R. **05** 399 (Jena). Eine mit der Beschwerde anfechtbare „Verfügung" liegt auch dann vor, wenn das AG. lediglich zur Vorbereitung der Entscheidung über Regelung des Verkehrs eines geschiedenen Ehegatten mit seinen Kindern in dem hierüber schwebenden Verfahren zur Wahrnehmung der Interessen der Kinder eine Pflegschaft anordnet. — **b)** RJA. **6** 13, ZBlFG. **6** 270 (KG.). Die Bewilligung einer Vergütung an den Vormund während Bestehens der Vormundschaft kann auch noch nach deren Beendigung im Beschwerdewege angegriffen und durch das Beschwerdegericht abgeändert werden.

§ 20. I. 1. Vormundschaftssachen. **a)** Josef, AcivPrax. **97** 123. Die Aufsicht über den Vormund (§ 1837 BGB.) liegt dem Gericht nur im Interesse des Mündels, nicht im Interesse der Gläubiger ob; daher ist dadurch, daß das Vormundschaftsgericht von seinem Aufsichtsrechte keinen Gebrauch macht, den Vormund nicht zur Befriedigung des Gläubigers anweist, nicht ein „Recht" des Gläubigers beeinträchtigt, dem Gläubiger steht also nicht die Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung zu. — **b)** Josef, ABürgR. **26** 357. Zur Beschwerde gegen die Anordnung einer Pflegschaft im Erziehungsstreite (§ 1635 Abs. 1 Satz 2) ist der Vater legitimiert, da die Pflegschaft eine Einschränkung der elterlichen Gewalt, also eine „Beeinträchtigung" des Rechtes des Vaters enthält; begründet ist die Beschwerde nur, wenn die Beeinträchtigung eine unberechtigte ist. — Ist die Beeinträchtigung eine durch das Gesetz gebotene, so ist die Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen, so besonders, wenn die angefochtene Verfügung, durch welche ein Recht des Beschwerdeführers beeinträchtigt ist, dem Rechte der Gegenbeteiligten entspricht. — **c)** Josef, ABürgR. **26** 350 ff. Soll im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren dem einen Elternteil auf Grund der §§ 1635, 1666 BGB. die Sorge für die Person des Kindes entzogen werden und wird für dieses Verfahren dem Kinde ein Pfleger bestellt, so steht diesem gegen die in dem Verfahren ergehende Entscheidung kein Beschwerderecht zu, da die Entscheidung nur über das Sorgerecht der Eltern, nicht über ein Recht des Kindes ergeht, ein solches also nicht beeinträchtigt.

2. Nachlaßsachen. Josef, DNotV. **05** 190. Lehnt das Gericht die Annahme des vom Notar zur Verwahrung überreichten Testaments ab, so ist beeinträchtigt das Recht des Notars, die Annahme zu verlangen. Daher steht dem Notar im eigenen Namen, nämlich in seiner öffentlich behördlichen Eigenschaft, die Beschwerde gegen die ablehnende Verfügung zu; und da der Notar

hier Antragsteller ist, ist eine Beschwerde des Erblassers gegen die Ablehnung der Verwahrung durch § 20 Abs. 2 ausgeschlossen. Dagegen steht dem Notar die Beschwerde im eigenen Namen nicht zu, wenn er bei Gericht einen Antrag, der begrifflich im Namen der Beteiligten zu stellen ist (z. B. den Antrag auf Gewährung der Akteneinsicht), im eigenen Namen gestellt hat, oder wenn er namens der bei einer Eintragung Beteiligten diese beantragt hat. In diesem Falle steht ihm ein selbständiges Beschwerderecht gegen die ablehnende Verfügung nur zu, wenn sein Recht, lediglich als Vertreter der Beteiligten zu gelten, beeinträchtigt ist, z. B. wenn ihm die Kosten der abweisenden Verfügung auferlegt sind.

3. Vereinssachen. *Unger, BuschsZ. **34** 308 f. Keine Beschwerdebefugnis steht zu den Vereinsaufsichtsbehörden bezüglich der Eintragung der Vereine in das Vereinsregister, dem Gemeindewaisenrate, den Aufsichtsbehörden der Standesbeamten, ausländischen Behörden.

II. Aus der Praxis. 1. Vormundschaftssachen. **a)** KGJ. **30** A 24 (KG.). Ein Vormund ist auch nach seiner Entlassung noch befugt, über ein wegen vermeintlicher Pflichtwidrigkeit an ihn erlassenes Gebot des Vormundschaftsgerichts Beschwerde zu führen. — **b)** BayObLG. **6** 346, R. **05** 345, KGJ. **30** A 293. Gegen eine Entscheidung, durch welche die Bestellung des Großvaters zum Pfleger für eine das Vermögen seiner Enkel betreffende Angelegenheit abgelehnt wird, steht demselben ein Beschwerderecht nicht zu, weil die Bestimmung des § 1779 Abs. 2 Satz 3 BGB., daß das Vormundschaftsgericht bei der Auswahl zum Pfleger zunächst Verwandte und Verschwägerte des Mündels zu berücksichtigen hat, denselben nicht das Recht gewährt, zum Pfleger bestellt zu werden, wenn sie sich dazu eignen, und der Großvater zwar nach § 1776 BGB. als Vormund, aber nach § 1916 BGB. nicht als Pfleger berufen ist. — **c)** Els. LothZ. **05** 74 (Colmar). Zur Einlegung der Beschwerde gegen Zurückweisung der Erinnerung bezüglich des Ansatzes vormundschaftsgerichtlicher Kosten ist der Vormund nach Beendigung der Vormundschaft nicht befugt.

Vgl. § 57.

2. Nachlaßsachen. **a)** KGJ. 28 A 20 (KG.). Hat das AG. die Erteilung eines Erbscheins auf Grund eines Testaments abgelehnt, das LG. aber auf Beschwerde zu der Erteilung angewiesen, so steht den gesetzlichen Erben hiergegen die weitere Beschwerde zu; denn ihr Recht wird nicht erst durch die tatsächliche Ausstellung des Erbscheins beeinträchtigt, sondern schon durch jene Anweisung des Beschwerdegerichts, der das AG. als ausführendes Organ Folge zu leisten hat und die deshalb hier die eigentliche Entscheidung darstellt. — **b)** Ebenso **RG.** RJA. 6 102, ZBlFG. 6 443, mit dem Zusatze, daß der Antrag der weiteren Beschwerde nicht auf Aufhebung der vom LG. verfügten Erteilung des Erbscheins, auch nicht auf Abänderung seines Inhalts, sondern darauf gerichtet werden muß, daß der inzwischen vom AG. erteilte Erbschein eingezogen oder für kraftlos erklärt werde. — Anders ZBlFG. 5 317 (Darmstadt). — **c)** ZBlFG. **6** 370 (Dresden). Die Beschwerde des Testamentsvollstreckers gegen die Bestellung eines Pflegers für den unbekannten Erben ist zulässig; denn die Kosten für die Einleitung der Pflegschaft fallen als Kosten der Sicherung des Nachlasses diesem zur Last, und eine ungerechtfertigte Pflegschaftseinleitung enthält hiernach eine unmittelbare vermögensrechtliche Beeinträchtigung des von dem Beschwerdeführer vertretenen Nachlasses und verletzt damit ein Recht, zu dessen Wahrung der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker berufen ist. — **d)** KGJ. **29** A 65 (KG.). Enthält ein Erbschein Überflüssiges, so ist der Erbe und bei einem gemeinschaftlichen Erbscheine jeder Miterbe beschwerdeberechtigt, wenn sein Recht durch den überflüssigen Inhalt beeinträchtigt wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn dadurch der Erbschein unübersichtlich oder unklar

und infolgedessen sein Gebrauch im Geschäftsverkehr erschwert ist, oder wenn darin unnötigerweise Rechtsverhältnisse zuungunsten des Erben festgestellt sind, die dieser nicht anerkennt, und namentlich, wenn Tatsachen oder Erwägungen aufgenommen sind, die geeignet sind, Zweifel an der Richtigkeit des notwendigen Inhalts des Erbscheins hervorzurufen. — **e)** RJA. 6 33, ZBlFG. 6 285, KGJ. **30** A 88 (KG.). Dem Erben steht gegen die Verfügung, durch welche das Nachlaßgericht dem Nachlaßpfleger eine Vergütung bewilligt hat, das Beschwerderecht auch dann zu, wenn er sie bei der dem Pfleger erteilten Entlastung nicht bemängelt hat. Über einen solchen Einwand des Nachlaßpflegers hat das Prozeßgericht zu entscheiden. — **f)** ElsLothNotZ. **05** 52 (Colmar). Dem auskunftpflichtigen Hausgenossen des Erblassers steht gegen die auf Antrag des Erben vom Gericht angeordnete Ladung zu einem Termin zwecks Ableistung des Offenbarungseids kein Beschwerderecht zu.

§ 27. **a)** BadRpr. **05** 169 (Karlsruhe). Gegen eine vor der Entscheidung getroffene einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts ist die weitere Beschwerde unzulässig. — **b)** ElsLothZ. **05** 402 (Colmar). Im Falle der weiteren Beschwerde gegen einen Beschluß, durch welchen eine vorläufige Vormundschaft angeordnet wird, ist eine Gesetzesverletzung in der Mangelhaftigkeit der angestellten Ermittelungen wie in dem Fehlen der Begründung des angefochtenen Beschlusses zu erblicken. Der einfache Hinweis auf ein ärztliches Zeugnis über den Geisteszustand eines unter Vormundschaft zu stellenden Menschen, dessen Inhalt nicht wiedergegeben wird und dem zu Bevormundenden unbekannt war, kann als genügende Begründung der Entscheidung nicht angesehen werden. — **c)** BayObLG. **5** 550. Wenn das LG. die Beschwerde gegen die die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft ablehnende Verfügung des AG. deswegen zurückgewiesen hat, weil das AG. für die Anordnung der Pflegschaft nicht zuständig sei und nebenbei in den Gründen die Ansicht ausgesprochen hat, daß nicht eine Nachlaßpflegschaft, sondern eine Abwesenheitspflegschaft zu bestellen sei, so enthält diese Bemerkung keine sachliche Entscheidung, die, wenn das AG. demnächst die Abwesenheitspflegschaft anordnet, Gegenstand der Anfechtung mit der weiteren Beschwerde für den Pfleger sein könnte, sondern die Anfechtung hat sich gegen die Verfügung des AG. zu richten.

§ 29. 1. Josef, DNotV. **05** 185. Die Unterzeichnung der weiteren Beschwerde kann durch den Rechtsanwalt erfolgen, auch wenn er persönlich der Beschwerdeführer oder gesetzliche Vertreter des Beschwerdeführers ist; denn der § 29 Abs. 1, 2 macht in dieser Richtung keinen Unterschied. Ist dagegen ein Notar persönlich der Beschwerdeführer oder gesetzliche Vertreter des Beschwerdeführers, so muß nach der Fassung von Satz 3 eb. die weitere Beschwerde von einem Rechtsanwalt unterzeichnet werden.

2. R. **05** 567 (Colmar). Der Zuziehung eines Rechtsanwalts zur Unterzeichnung der weiteren Beschwerde bedarf der sie einlegende Notar auch dann nicht, wenn er den Antrag bei dem Gericht erster Instanz in eigener Angelegenheit gestellt hat.

§ 30. Marcus, ZBlFG. **6** 406. Die Kammern für Handelssachen sind nicht BeschwInst., soweit die Gebührenpflicht und die Gebührenansätze in Handelssachen den BeschwGegenstand bilden.

Vgl. § 159.

§ 31. **a)** KGJ. **30** A 3, DJZ. **05** 1012 (KG.). Lehnt der Gerichtsschreiber des Beschwerdegerichts das Ersuchen des Gerichtsschreibers erst. Inst. um Auskunft, ob innerhalb der Notfrist eine Beschw. eingegangen ist, ab, so ist dagegen nicht Beschw. im Rechtswege, sondern nur Beschwerde im Aufsichtswege zulässig. — **b)** ElsLothZ. **05** 403 (Colmar). Ein Gesuch um Erteilung des Zeugnisses über

die Rechtskraft einer Entscheidung darf der Gerichtsschreiber nicht deshalb zurückweisen, weil er dieses Zeugnis für entbehrlich hält.

§ 34. BayObLG. 6 154, ZBlFG. 6 219, R. 05 196. Der durch Testament von der Erbfolge ausgeschlossene gesetzliche Erbe hat ein berechtigtes Interesse, sich zu vergewissern, ob sich gegen die Wirksamkeit der ihn ausschließenden Verfügungen etwa Einwendungen erheben lassen, und sich zu überzeugen, welche Aufschlüsse in dieser Beziehung sich aus den Akten ergeben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob irgendwelcher Anhalt für eine begründete Einwendung vorhanden ist, denn der Erbe hat ein berechtigtes Interesse insbesondere auch daran, die Gewißheit zu erlangen, daß dies nicht der Fall ist. — Bei der Bestimmung der Art, wie die gestattete Einsicht von Nachlaßakten zu nehmen ist, hat das Nachlaßgericht zu erwägen, ob die in den Nachlaßakten befindlichen letztwilligen Verfügungen des Erblassers der mit der Hin- und Hersendung verbundenen Gefahr ausgesetzt oder zur Verhütung dieser Gefahr bei ihm selbst zur Einsicht bereit gehalten werden sollen.

Zweiter Abschnitt. Vormundschaftssachen.

§ 35. Josef, DNotV. 05 165. Aus dem Grundsatze, daß jeder Amtsrichter das AG. in seiner ganzen, gerichtsverfassungsmäßigen Zuständigkeit vertritt, folgt: a) daß der Amtsrichter im Prozeßvergleiche rechtswirksam Erklärungen entgegennehmen kann, die nach dem Gesetze vor dem Grundbuch-, Vormundschafts-, Nachlaß- oder Registergericht abzugeben sind; b) daß jeder Amtsrichter Gewahrsam und Verfügung betreffs aller Akten, Bücher und Register jeder Abteilung des AG. hat, folglich die Beteiligten nicht verpflichtet sind, Beweisurkunden beizubringen, wenn sich diese bereits bei den Akten irgendeiner Abteilung desselben AG. befinden. Dagegen sind „offenkundig" nur die Tatsachen, die dem Amtsrichter bekannt sind, nicht solche, über die er sich aus den Urkunden der eigenen oder gar einer beliebigen Abteilung des AG. Gewißheit verschaffen kann.

§ 46. **a)** ElsLothZ. 05 325 (Colmar). Wenn auch im allgemeinen darin, daß sowohl Vormund als Mündel und dessen Vermögen sich am Sitze des um die Übernahme angegangenen Gerichts befinden, ein triftiger Grund zur Abgabe der Vormundschaft an dasselbe zu erblicken ist, so darf doch die Übernahme so lange abgelehnt werden, bis das ersuchende Gericht die sich bis dahin ergebenden vormundschaftsgerichtlichen Pflichten erfüllt hat. — **b)** BayObLG. 6 395, SeuffBl. 05 780. Die Abgabe einer Vormundschaft, einer Pflegschaft oder einer der im § 43 bezeichneten Angelegenheiten an ein anderes Gericht kann erst dann erfolgen, wenn das zunächst zuständige Gericht die Vormundschaft oder Pflegschaft eingeleitet oder eine Anordnung hinsichtlich der vorbezeichneten Angelegenheiten getroffen hat. — **c)** MecklZ. 24 50 (Rostock). Befindet sich der Mündel in einer staatlich überwachten Irrenanstalt und ist er vermögenslos, so liegt kein wichtiger Grund zur Abgabe der Vormundschaft an das Gericht des Aufenthalts des Mündels vor.

§ 52. R. 05 316 (KG.). Die bloße Tatsache, daß der Bevormundete auf irgendeine Weise Kenntnis von der Bestellung des Vormundes erlangt hat, steht der Bekanntmachung durch das Gericht nicht gleich.

§ 53. *Glatzer, R. 05 429 (soweit § 1812 Abs. 2 in Frage kommt, gegen die GM.). Weder die nach Abs. 2 noch die nach Abs. 3 des § 1812 BGB. ergehende Ersatzgenehmigung fällt unter § 53 Abs. 1 Satz 1 FGG., wohl aber sind beide Fälle dem § 55 Abs. 1 FGG. unterzuordnen.

§ 55. I. 1. *Glatzer, GruchotsBeitr. 49 571 f. Bei Ablehnung der vormundschaftsgerichtlichen Ersatzgenehmigung zur Erteilung einer Quittung (vgl. o. Ziff. I 1b zu § 1812 BGB.) steht dem Schuldner noch der Klageweg zur Erlangung der Quittung frei (vgl. Josef, BuschsZ. 30 113).

2. Josef, DNotV. 05 199. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu Rechtshandlungen des Vormundes ist eine obrigkeitliche Handlung, die aber nicht, wie die bloße Bestätigung, lediglich das Vorhandensein formaler Voraussetzungen feststellt, sondern die Erklärung des Vormundes erst zu einer für den Mündel verbindlichen macht. Da die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ergänzung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Vormundes dient, hiernach einen Bestandteil dieser bildet, wird durch Willensmängel, insbesondere durch Irrtum, der der Genehmigungserklärung des Richters zugrunde liegt, der vom Vormund abgeschlossene Vertrag ebenso beeinflußt, wie durch Willensmängel des Vormundes. Der Vertrag ist also auch wegen Irrtums des Vormundschaftsrichters anfechtbar.

3. Josef, ZBlFG. 5 649—652. Die im § 1829 BGB. vorausgesetzte Mitteilung des Vormundes, daß die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verweigert sei, ist ein rechtsgeschäftlicher Akt, hat also die Wirksamkeit und hiermit die Unabänderlichkeit der vormundschaftsgerichtlichen Verfügung nur zur Folge, wenn die Mitteilung in dem Sinne erfolgt, daß der Vormund hiermit das Vertragsverhältnis endgültig lösen wolle. Erfolgt sie dagegen nicht in diesem Sinne, so kann der Vormund trotz jener Mitteilung die Sache durch Beschwerde verfolgen, ohne daß er hierzu der Genehmigung des Dritten bedarf. — Will das Beschwerdegericht auf Beschwerde des Vormundes eine abändernde Entscheidung treffen, so hat es regelmäßig zunächst durch Befragen des Dritten festzustellen, ob auch dieser das Vertragsverhältnis noch als fortbestehend erachtet (o. § 1829 BGB. Ziff. 1).

II. Aus der Praxis. RJA. 6 9, ZBlFG. 6 267, KGJ. 30 A 18 (KG.). Im Falle der Zwangsversteigerung eines im Miteigentum eines Mündels stehenden Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft auf Antrag des Vormundes kann das Vormundschaftsgericht seine zu dem Antrage des Vormundes erteilte Genehmigung wieder zurücknehmen, solange nicht der Zuschlag erteilt ist; denn der Miteigentümer sowie die anderen etwa am Verfahren Beteiligten haben kein Recht auf Durchführung der Zwangsversteigerung durch die Einleitung des Verfahrens erworben; sie sowohl wie der Ersteher erlangen erst mit dem Zuschlage Rechte, die ihnen nicht wieder entzogen werden können.

§ 57. 1. Abs. 1 Nr. 1. KGJ. 28 A 9 (KG.). Der Schuldner einer im Grundbuch eingetragenen Summe, deren Gläubiger ungewiß ist, hat ein rechtliches Interesse an der Abänderung der Verfügung, durch die das Vormundschaftsgericht die Bestellung eines Pflegers für den ungewissen Gläubiger abgelehnt hat; er kann deshalb gegen die Ablehnung Beschwerde führen. Die Einleitung der Pflegschaft ist indes davon abhängig, daß das Interesse des Gläubigers eine Fürsorge erfordert; dies ist nicht ausgeschlossen, auch wenn ein dritter Interessent die Einleitung der Pflegschaft anregt, weil sie zunächst in seinem Interesse liegt.

2. Nr. 3 u. 9. R. 05 533 (BayObLG.). Dem Bezirksamte, demgegenüber die Erklärung abzugeben ist, daß der als Vormund seines Stiefkindes bestellte Stiefvater dem Kinde seinen Namen beilegen wolle, steht ein Beschwerderecht gegen die Ablehnung des Antrags auf Bestellung eines Pflegers zur Vertretung des Kindes bei der Abgabe der Erklärung nicht zu.

3. Nr. 8 u. 9. KGJ. 30 A 12 (KG.). Betrifft die Anordnung einer der in den §§ 1665, 1667 BGB. vorgesehenen Maßregeln die Sorge für die Person des Kindes, so ist bei Ablehnung der Anordnung das Beschwerderecht nicht nur aus Nr. 8, sondern auch aus Nr. 9 des § 57 gegeben. In einem solchen Falle hat, wenn beispielsweise die wider den Willen des Vaters beabsichtigte Überweisung eines blinden Kindes an eine Blindenanstalt abgelehnt ist, der Kreisschulinspektor das Beschwerderecht; denn er hat namens des Staates darüber zu wachen, daß die Kinder seines Bezirks sich die erforderliche Elementarbildung an=

eignen und daher ein berechtigtes Interesse daran, herbeizuführen, daß ein Kind, das wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen nicht imstande ist, an dem Unterrichte der Volksschule mit gehörigem Erfolge teilzunehmen, anderweit in geeigneter Weise erzogen und unterrichtet wird.

4. Nr. 9. **a)** R. **05** 168 (BayObLG.). Die Mutter ist berechtigt, die Bestellung einer nicht geeigneten Person als Vormund aus eigenem Rechte mit der Beschwerde anzufechten. — **b)** BayObLG. **6** 405. Dem Vater, dem gemäß § 1638 BGB. die Verwaltung des mütterlichen Vermögens seiner Kinder entzogen ist, steht nicht das Recht zu, gegen die Erteilung der Genehmigung des vom Pfleger über das Anwesen der Mündel abgeschlossenen Kaufvertrags durch das Vormundschaftsgericht Beschwerde zu erheben, weil nach seiner Meinung der Kaufpreis zu niedrig bemessen ist und seine auf den Beweis dieser Behauptung bezüglichen Anträge abgelehnt worden sind. — RJA. **6** 28, ZBlFG. **6** 281 (BayObLG.). Dem Großvater steht gegen die Ablehnung seines Antrags, ihn zum Pfleger seiner Enkel zwecks Geltendmachung ihrer Unterhaltsansprüche gegen ihren Vater zu bestellen, kein Beschwerderecht zu, da es sich nicht um eine die Sorge für die Person der Kinder betreffende Angelegenheit handelt. — **c)** R. **05** 316 (KG.). Ehe der Vormundschaftsrichter einen Vormund bestellt, hat er die Persönlichkeit nach den maßgebenden gesetzlichen Gesichtspunkten wie nach Zweckmäßigkeitsgründen zu prüfen. Ergibt sich dann, daß ein Beschwerdeberechtigter mit der Auswahl des verpflichteten Vormundes nicht einverstanden ist, so kann er gegen die in der Bestellung liegende Verfügung des AG. Beschwerde beim LG. erheben, ohne daß es zunächst einer Gegenvorstellung beim Vormundschaftsrichter bedarf.

§ 59. **a)** R. **05** 316 (KG.). Maßgebend für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift ist, ob die Beseitigung des Vormundes lediglich im Hinblick auf die Vermögensverwaltung oder ausschließlich oder wenigstens zugleich mit im Hinblick auf die persönliche Vertretung mit der Beschwerde bezweckt wird. — **b)** RJA. **6** 7, ZBlFG. **6** 266, KGJ. **30** A 9 (KG.). Bei Entlassung eines Vormundes ist das selbständige Beschwerderecht in jedem einzelnen Falle davon abhängig zu machen, aus welcher Veranlassung das VormundschGericht die Entlassung ausgesprochen hat, und aus welchen Gründen der Mündel die Rückgängigmachung dieser Maßregel beansprucht, sowie ob danach entweder die Entlassung oder auch ihre Wiederaufhebung als eine die Person des Mündels betreffende Angelegenheit angesehen werden kann.

§ 60. 1. Abs. 1 Nr. 1. **a)** RJA. **5** 120, ZBlFG. **6** 55 (KG.). Auch eine Verfügung, durch welche das VormundschGericht den Antrag eines Vaters, ihn zum Vormunde seines wegen Geisteskrankheit entmündigten volljährigen Sohnes zu bestellen, ablehnt, *ohne zugleich eine andere Person zum Vormunde zu bestellen*, ist als eine solche anzusehen, durch die ein als Vormund Berufener übergangen wird. Daher ist gegen sie nur die sofortige Beschwerde gegeben. — **b)** BayObLG. **6** 84, R. **05** 168. Die Bestimmung, daß gegen eine Verfügung, durch die ein als Vormund Berufener übergangen wird, die sofortige Beschwerde stattfindet, gilt nicht auch für die Anfechtung einer Verfügung, durch die eine vom Vormundschaftsgerichte für berufen erachtete Person zum Vormund bestellt wurde.

2. Nr. 3. KGJ. **29** A 11 (KG.). Weist das LG. auf Beschw. das AG. an, den Vormund zu entlassen und einen anderen Vormund zu bestellen, so kann der bisherige Vormund nicht gegen die tatsächliche Entlassung durch das AG., sondern nur gegen den die Entlassung anordnenden Beschluß des LG. Beschw. einlegen. Die Beschw. ist die sofortige weitere. Sie kann auch schon vor der tatsächlichen Entlassung erhoben werden.

Dritter Abschnitt. Annahme an Kindes Statt.

§ 68. Josef, DNotV. 05 172. Auch der bestätigte Wahlkindschaftsvertrag kann wegen mangelnder Ernstlichkeit als nichtig angefochten werden.

Vierter Abschnitt. Personenstand.

§ 70. RG. 60 196. Der Aufsichtsbehörde für die Standesämter steht ein Beschwerderecht zu nicht bloß, wenn ihr Antrag auf Einleitung des Berichtigungsverfahrens abgelehnt wird, sondern auch wenn das Gericht die Berichtigung einer Eintragung beschließt, die nach der Ansicht der Aufsichtsbehörde der Berichtigung nicht zu unterliegen hat.

Fünfter Abschnitt. Nachlaß- und Teilungssachen.

§ 73. *Seidel, Die Zuständigkeit deutscher Nachlaßgerichte beim Tode von Ausländern (Diss.): Die Vorschrift des § 73 begrenzt die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für die dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen. Es ist jedoch nach der Art der Tätigkeit des Nachlaßgerichts zu unterscheiden: soweit diese Tätigkeit nur eine deklaratorische oder rechtssichernde ist, oder soweit sie nur eine rein tatsächliche behördliche Mitwirkung beim rechtsgeschäftlichen Verkehre darstellt (z. B. in einer Beurkundung von rechtserheblichen Tatsachen oder in einer Entgegennahme von Willenserklärungen und deren Übermittelung an andere Beteiligte besteht), ist es für die Zuständigkeit gleichgültig, nach welchem materiellen Rechte die Rechtsverhältnisse, auf die sich die einzelnen Verrichtungen beziehen, beurteilt werden; soweit die Tätigkeit dagegen eine konstitutive (rechtsbegründende und rechtsaufhebende) ist, ist die Zuständigkeit davon abhängig, daß diese Rechtsverhältnisse in materieller Hinsicht den deutschen Gesetzen unterstehen. Hiernach sind die deutschen Gerichte für die Sicherung des Nachlasses, die Testamentseröffnung, die Erzwingung der Herausgabe des Testaments, die Entgegennahme von Erklärungen (vgl. z. B. §§ 1945 ff., 1342, 1484, 1597, 2198 ff. BGB.), die Erteilung des Erbscheins und anderer Zeugnisse (§§ 2368, 1507 BGB.), deren Einziehung und Kraftloserklärung, die Feststellung des Erbrechts des Fiskus, die Entgegennahme und Aufnahme des Inventars auch dann zuständig, wenn in materieller Beziehung ausländisches Recht zur Anwendung kommt. Dagegen sind sie für die Vermittelung der Auseinandersetzung der Miterben, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung, die Bestimmung der Inventarfrist, die Fristſtellung bei Vermächtnissen und Auflagen (§§ 2151 ff., 2192 ff. BGB.), die Ernennung des Testamentsvollstreckers, die Friststellung zur Erklärung über die Annahme des Amtes, die Entlassung des Vollstreckers nicht zuständig, wenn der Erblasser nach ausländischem Rechte beerbt wird. Durch die Vorschrift des Art. 25 Satz 2 EGBGB. erleidet dieses Ergebnis keine Änderung in Ansehung der Verrichtungen, die auf die rechtliche Stellung des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern Bezug haben, wohl aber in Ansehung der übrigen Verrichtungen. Jedoch ist Voraussetzuug für die Zuständigkeit zur Vermittelung der Auseinandersetzung, daß die Miterben sämtlich Deutsche sind und daß sie sämtlich erbrechtliche Ansprüche auf Grund der deutschen Gesetze geltend machen.

§ 79. KGJ. 28 A 27 (KG.). Das Verfahren des § 79 setzt voraus, daß ein Verzeichnis vorliegt, welches der Erbe selbst beim NachlGericht eingereicht, oder welches auf seinen Antrag das NachlGericht aufgenommen, oder hinsichtlich dessen er dem NachlGerichte gegenüber die Erklärung abgegeben hat, daß es als von ihm eingereicht gelten solle. Während der Dauer der NachlVerwaltung findet das Verfahren nicht statt.

§ 80. KGJ. 29 A 262 (Stuttgart). Setzt die nach Landesrecht an Stelle des AG. zuständige NachlBehörde dem vom Erblasser zur Bestimmung der Person

des Testamensvollstreckers berufenen Dritten eine Frist für diese Bestimmung, so findet gegen den eine Abänderung der Verfügung der NachlBehörde ablehnenden Beschluß des AG. nur die sofortige Beschw. statt.

§ 84. SeuffBl. **05** 545 (BayObLG.). Die Verwechselung der Zeit der Testamentserrichtung mit der Zeit der Übergabe des Testaments an den Notar in dem Erbschein ist eine offenbare Unrichtigkeit, deren Berichtigung nicht die Einziehung des Erbscheins erfordert, sondern durch einen den Ausfertigungen des Erbscheins beizufügenden Berichtigungsbeschluß erfolgen kann.

§ 85. DJZ. **05** 412 (KG.). Wenn das LG. auf Beschw. die Erteilung eines Erbscheins angeordnet hat, so ist hiergegen die Beschw. zulässig. Das gleiche gilt, wenn ein vermeintlicher Miterbe sich darüber beschwert, daß er vom LG. als zu den Erben nicht gehörig von der Aufnahme in den Erbschein ausgeschlossen sei.

§ 86. 1. Abs. 1. **a)** AG. Stuttgart (Stadt), WürttZ. **05** 143. Das Recht der Erben, die Vermittelung des NachlGerichts in Anspruch zu nehmen, ist an eine Frist nicht gebunden. Seine natürliche Grenze bildet die privatim erfolgte Durchführung der Auseinandersetzung, aber nur die vollständige Durchführung. Sind die Erben nicht in der Lage oder nicht willens, die begonnene Privatauseinandersetzung zu vollenden, so haben sie jederzeit das Recht, das NachlGericht um die amtliche Vermittelung der weiteren Auseinandersetzung anzugehen. — **b)** R. **05** 372 (Colmar). Bei einer nach den §§ 86 ff. stattgehabten Auseinandersetzung können fehlende Auflassungserklärungen der nicht erschienenen Beteiligten nicht durch die rechtskräftige Bestätigung der Auseinandersetzung seitens des NachlGerichts ersetzt werden. — **c)** RJA. 6 35, KGJ. **30** A 106 (KG.). Der das Auseinandersetzungsverfahren einleitende Eröffnungsbeschluß kann von einem im Antrage als beteiligt Bezeichneten im BeschwWege mit der Begründung angefochten werden, daß er nicht beteiligt, oder daß der Antragsteller nicht antragsberechtigt sei. Es ist jedoch eine Einlassung auf das Verfahren darin zu finden, daß sich der als Beteiligter in Anspruch Genommene bis zum Verhandlungstermine untätig verhält. Die Beschw. gegen den Eröffnungsbeschluß ist demgemäß nach Beginn des Verhandlungstermins nicht mehr zulässig, vielmehr kann dann nur noch im Wege des § 95 die Aussetzung des Verfahrens erwirkt werden.

2. Abs. 2. **a)** R. **05** 256 (Colmar). Wenn ein Testament von einem gesetzlichen Erben angefochten, von dem testamentarischen Universalerben aber Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Anfechtung erhoben, mithin die Erbenqualität des gesetzlichen Erben von vornherein bestritten ist, fehlt ihm die Legitimation zur Stellung des Antrags auf Vermittelung der Auseinandersetzung. — **b)** KGJ. **28** A 17 (KG.). Ein Testamentsvollstrecker, dem nur die Verwaltung des Erbteils eines im Pflichtteile beschränkten Kindes übertragen ist, kann an Stelle des Kindes die Vermittelung der Erbauseinandersetzung mit dessen Miterben bei dem NachlGerichte beantragen.

§ 88. SeuffA. **60** 341 (KG.). Bei Genehmigung des Erbteilungsplans hat sich die Prüfung des NachlGerichts nicht allein auf die einzelnen Posten des Erbteilungsplans zu beziehen, sondern sich namentlich auch darauf zu erstrecken, ob trotz etwaiger Bedenken im einzelnen nicht doch der Erbteilungsplan als Ganzes den Interessen des Pfleglings in ausreichender Weise gerecht wird.

§ 89. KGJ. **28** A 30, DNotV. **05** 378 (KG.). Dem Wortlaut entsprechend erschöpft sich der Begriff der „Auseinandersetzung" nicht bloß in denjenigen Vereinbarungen, welche sich unmittelbar auf NachlGegenstände erstrecken, sondern auf alles, was zum Zwecke der Auseinandersetzung zwischen den Erben vereinbart wird. Die Versäumniswirkungen einer bestätigten Erbauseinandersetzung er=

strecken sich daher auch auf diejenigen Erklärungen der Beteiligten, welche die Ausführung der Auseinandersetzung betreffen, z. B. die Erteilung einer Vollmacht zur Auflassung eines einem Miterben überwiesenen NachlGrundstücks, soweit sich aus dem Protokolle nicht ein anderer Wille der Beteiligten ergibt.

§ 91. ElsLotZ. **05** 503 (Colmar). Die Bestätigung der Auseinandersetzung durch das NachlGericht ersetzt nicht die Auflassungserklärungen der bei der Auseinandersetzung nicht erschienenen Beteiligten.

§ 93. RJA. **5** 230, ZBlFG. **6** 128, R. **05** 400 (KG.). Das Nachl. Gericht ist befugt, im Falle des Einverständnisses der Miterben mit dem Auseinandersetzungsplane die Auseinandersetzung zu beurkunden, auch wenn ein im Termin erschienener Dritter mit Rücksicht darauf, daß ihm ein Pfändungspfandrecht an einem Erbteile zustehe, Widerspruch gegen den Plan erhebt. Das weitere Verfahren ist bis zur prozeßrichterlichen Entscheidung über die Ansprüche des Pfändungspfandgläubigers auszusetzen.

Siebenter Abschnitt. Handelssachen.

§ 126. *Unger, BuschsZ. **34** 310. Zu den Registergerichten gehören auch die LG., insofern sie nach § 143 die Löschung einer unzulässigen Eintragung von Amts wegen durch erstinstanzliche Verfügung anordnen können.

§ 127. RJA. **5** 185, ZBlFG. **6** 96, KGJ. **29** A 83 (KG.). Die Befugnis, eine Verfügung, welche von der Beurteilung eines streitigen Rechtsverhältnisses abhängig ist, auszusetzen, bis über das Verhältnis im Wege des Rechtsstreits entschieden ist, steht auch dem Landgerichte zu, sei es, daß es im Falle der §§ 143, 144, sei es, daß es auf erhobene Beschwerde an die Stelle des Registergerichts tritt. Das Gericht kann jedoch von dieser Befugnis nicht nach seinem Belieben, sondern nur nach pflichtmäßigem Ermessen aus sachlichen Gründen in den geeigneten Fällen Gebrauch machen.

§ 132. 1. Marcus, DJZ. **05** 402. Gegen denjenigen, der eine unzulässige Firma, ohne daß dieselbe zur Eintragung gebracht ist, gebraucht, darf das Verfahren aus § 140 und außerdem dasjenige aus § 132 nebeneinander eröffnet werden. Wenn dann nach Erlaß der Aufforderung der Anmeldungspflichtige die richterlicherseits für unzulässig erachtete Firma anmeldet und die Eintragung abgelehnt wird, so ist das Verfahren aus § 140 auszusetzen und die Entscheidung in dem durch die §§ 133 ff. geregelten Einspruchsverfahren zu treffen. In den nebeneinander hergehenden beiden Strafverfahren dürfen die Ordnungsstrafen ihrer Höhe nach je die Maximalgrenze der §§ 14 HGB., 33 FGG. erreichen.

2. Aus der Praxis. — **a)** KGJ. **30** A 116 (KG.). Das Registergericht muß, sobald es nur glaubhafte Kenntnis von einem sein Einschreiten nach § 14 HGB. rechtfertigenden Sachverhalt erhält, gegen den Beteiligten die strafandrohende Verfügung gemäß § 132 erlassen. Der Nachweis dieses Sachverhalts und die endgültige Entscheidung über die Registerpflicht hat erst in dem sich hieran schließenden Einspruchsverfahren zu erfolgen. — **b)** KGJ. **30** A 125 (KG.). Wendet der Liquidator einer Aktiengesellschaft der an ihn ergehenden Aufforderung des Registergerichts zur Aufstellung und Einreichung einer Bilanz gegenüber ein, daß in der Liquidationsmasse die dazu erforderlichen Mittel nicht vorhanden seien, so ist trotzdem das Ordnungsstrafverfahren einzuleiten und erst im Laufe des Verfahrens über diesen Einwand zu entscheiden.

§ 137. Marcus, Holdheims MSchr. **05** 111. Über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat das Registergericht, nicht das Beschwerdegericht zu entscheiden.

§ 141. Marcus, Holdheims MSchr. **05** 182. Während der Fristen des § 1944 BGB., § 27 Abs. 2 HGB. besteht für die Erben dem Registergericht

gegenüber weder eine Auskunfts- noch eine Anmeldepflicht. Nach dem Ablaufe der Fristen greift die Auskunftspflicht, wenn Ausschlagung der Erbschaft nicht erfolgte, ohne weiteres, die Anmeldepflicht aber nur Platz, wenn die Erben das Geschäft fortgeführt haben. Sofern dies aber überhaupt nicht der Fall, so gibt es keine Anmeldepflicht für die Erben bezüglich des Erlöschens der Firma, und es kann nur das Offiziallöschungsverfahren Platz greifen, kein Ordnungsstrafverfahren. Das gleiche ist der Fall bei nachgewiesener Erbschaftsausschlagung, wo dann auch die Auskunftspflicht wegfällt.

§ 142. 1. RJA. 5 171, ZBlFG. 6 86, KGJ. 28 A 228 (KG.). Die Löschung einer wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässigen Eintragung kann nicht ohne weiteres gemäß § 18 noch auch auf Beschwerde eines Dritten über die Eintragungsverfügung angeordnet, vielmehr muß das in den §§ 142, 143 vorgeschriebene Verfahren eingeschlagen werden. Dieses gilt zwar zunächst nur für die Löschung von Amts wegen, es muß aber auch eintreten, wenn ein anderer als der Beteiligte die Löschung einer zu Unrecht erfolgten Eintragung beantragt. Weist das Gericht einen solchen Antrag zurück, so ist der Dritte nach Maßgabe der allgemeinen Vorschriften nur dann beschwerdeberechtigt, wenn durch die Zurückweisung sein Recht beeinträchtigt ist. Das Recht eines einzelnen Aktionärs ist verletzt, wenn die Eintragung einer Kapitalserhöhung mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig ist. — Eine direkte Beschw. gegen die unzulässige Eintragung ist nicht zu verwerfen, sondern als Antrag aus § 143 zu behandeln, da nach diesem die Löschung der unzulässigen Eintragung auch von dem dem Registergericht im Instanzenzuge vorgeordneten LG. verfügt werden kann und dieses daher zwar nicht als Beschwgericht, wohl aber als Gericht erst. Inst. für die sachliche Entscheidung über das Begehren des Antragstellers zuständig ist. Eine gegen die Entscheidung des LG. eingelegte weitere Beschwerde ist daher als erste Beschwerde zu behandeln. — Die Löschung einer Eintragung setzt nicht bloß voraus, daß die Eintragung in das Handelsregister zur Zeit ihrer Vornahme wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, sondern auch, daß dieser Mangel nicht inzwischen behoben ist.

2. KGJ. 28 A 39 (KG.). Wird der Antrag eines Dritten, eine Eintragung im Handelsregister wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung zu löschen, abgelehnt, so kann der Dritte Beschw. nur einlegen, wenn sein (Firmen-, Namens- oder sonstiges) Recht verletzt ist. — Will das LG. auf Grund einer zulässigen Beschw. oder von Amts wegen eine Löschung verfügen, so muß es den Beteiligten hiervon benachrichtigen und ihm eine Frist zur Geltendmachung eines Widerspruchs bestimmen. Der Verstoß hiergegen nötigt indes nicht zur Aufhebung der die Löschung anordnenden Entsch., wenn diese nicht auf dem Verstoße beruht, insbesondere der Beteiligte schon vom AG. gehört und sein Widerspruch unbegründet ist.

3. KGJ. 28 A 42 (KG.). Ist die Firma einer offenen Handelsgesellschaft versehentlich ohne Antrag der Gesellschafter gelöscht, so hat trotzdem die Beseitigung der Löschung durch Eintragung eines Vermerkes zu unterbleiben, wenn feststeht, daß zur Zeit der Löschung die Firma tatsächlich erloschen war.

§ 143. KGJ. 28 A 58 (KG.). Führt ein Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft, das die Mitgliedschaft aufgekündigt hat, über die angeblich unrichtige Eintragung des Tages seines Ausscheidens in die Liste der Genossen Beschw. mit dem Antrag auf Eintragung eines anderen Tages, so kann zwar das LG., auch ohne daß das AG. über diesen Antrag entschieden hat, auf ihn eingehen. Das LG. darf aber alsdann nicht ohne Anhörung der Genossenschaft die Berichtigung als eine sofort zu bewirkende anordnen. Es kann vielmehr diese Anordnung nur in dem Widerspruchsverfahren der §§ 142, 143 treffen, wobei

die Genossenschaft als der im Sinne dieser Bestimmungen „Beteiligte“ in Betracht kommt.

§ 144. KGJ. **30** A 141 (KG.). Die Vorschriften über die Löschung registrierter Beschlüsse der Versammlung der Gesellschafter einer GmbH. wegen Nichtigkeit betreffen nicht bloß Beschlüsse, die eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags zum Gegenstande haben, sondern auch solche über andere Angelegenheiten, wenn diese zur Zuständigkeit der Versammlung gehören und die Beschlüsse der Eintragung bedürfen. — Die Löschung eines Beschlusses der Generalversammlung findet nicht statt, wenn nicht eine Rechtsverletzung durch seinen Inhalt, sondern die ordnungswidrige Art seines Zustandekommens, insbesondere die nicht gehörige Abstimmung oder Stimmenberechnung gerügt wird.

§ 145. 1. Marcus, Holdheims MSchr. **05** 299. Hinsichtlich der Bestellung und Abberufung von Liquidatoren ist eine Tätigkeit des Prozeßgerichts völlig ausgeschlossen. Das Registergericht ist auch zum Erlaß einstweiliger Verfügungen befugt.

2. Aus der Praxis. **a)** KGJ. **30** A 120 (KG.). Das Registergericht ist befugt, auf Antrag des stillen Gesellschafters (bzw. des Kommanditisten, von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters) dem Geschäftsinhaber (bzw. Komplementar, geschäftsführenden Gesellschafter) die Mitteilung nicht bloß einer Zwischenbilanz gemäß § 338 Abs. 3 HGB., sondern auch einer Jahresbilanz gemäß § 338 Abs. 1 HGB. sowie die Vorlegung seiner Bücher und Papiere zwecks Prüfung der Richtigkeit der Jahresbilanz aufzugeben und dem stillen Gesellschafter (bzw. Kommanditisten 2c.), sofern es ihm an der nötigen Geschäftskunde fehlt, die Zuziehung eines Sachverständigen zur Einsicht zu gestatten. — **b)** R. **05** 21 (Celle). Der Antrag, dem Beklagten die kraft Gesetzes ihm zugefallene Stellung als Mitliquidator zu entziehen, ist nicht an den Prozeßrichter, sondern an den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu richten.

§ 146. RJA. 5 60 (KG.). Ein Verstoß gegen die Vorschrift, daß der Gegner des Antragstellers vor der Entscheidung zu hören ist, kann zur Aufhebung der Entscheidung des BeschwGerichts nur führen, wenn diese Entscheidung auf jenem Verstoße beruht.

§ 148. Abs. 2. RJA. **5** 180, ZBlFG. **6** 93, KGJ. **29** A 104 (KG.). Die Vorschrift des Abs. 2 Satz 2 schließt die Befugnis des erstinst. Gerichts nicht aus, seine einem Antrag auf Beweisaufnahme stattgebende Verfügung wieder aufzuheben, falls es die Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt erachtet.

§ 151. RJA. **5** 249, ZBlFG. **6** 141, KGJ. **29** A 228 (KG.). Der Antrag des Dispacheurs darf nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, weil der Dispacheur das Vorliegen eines Falles der großen Haverei nicht glaubhaft gemacht habe; es genügt, wenn der Dispacheur bei Stellung des Antrags behauptet und allenfalls im allgemeinen darlegt, daß eine große Haverei vorliegt. Denn einmal hat er nicht die Stellung einer Partei, sondern gewissermaßen die einer ersuchenden Amtsstelle, welche die sachlichen Grundlagen ihres Ersuchens selbständig und unter eigener Verantwortlichkeit zu prüfen hat. Sodann aber kommt es für die Übernahme des Auftrags zur Aufmachung der Dispache und für deren Durchführung überhaupt nicht darauf an, ob der Dispacheur selbst auf dem Standpunkte steht, daß der Fall der großen Haverei vorliegt. Das Gericht hat jedoch in formeller Hinsicht die Legitimation des Dispacheurs für den von ihm gestellten Antrag und zwar namentlich daraufhin zu prüfen, ob er den Auftrag zur Aufmachung der Dispache von einem hierzu befugten Beteiligten erhalten hat.

Achter Abschnitt. Vereinssachen. Güterrechtsregister.

§ 159. RJA. 5 187, ZBlFG. 6 98 (KG.). Der Umstand, daß im § 159 der § 143 zur entsprechenden Anwendung angezogen und in letzterem wieder der § 30 für anwendbar erklärt wird, ändert nichts daran, daß die Kammern für Handelssachen immer nur in Handelssachen zur Entscheidung über Beschwerden zuständig sind. In Vereinssachen entscheidet daher über Beschwerden die Zivilkammer.

§ 161. ElſLothZ. 05 416 (Colmar). Der Notar, der eine Eintragung in das Güterrechtsregister für Eheleute verlangt, die vor ihm einen Ehevertrag abgeschlossen haben, hat zu seiner Legitimation den Ehevertrag oder einen denselben ersetzenden Auszug vorzulegen. Ein solcher Auszug hat außer der Angabe der Parteien und des Einganges die wörtliche Wiedergabe der in Betracht kommenden Teile des notariellen Aktes, den Schluß, das Datum und die Unterschrift zu enthalten; er darf nicht lediglich in einer Bescheinigung des Notars über das rechtliche Ergebnis der von ihm beurkundeten Vorgänge bestehen.

Zehnter Abschnitt. Gerichtliche und notarielle Urkunden.

§ 167. WürttZ. 05 37, DNotV. 05 288 (Stuttgart). Der beurkundende Beamte darf sich eines Gehilfen nur in der Weise bedienen, daß er trotzdem der Partei gegenüber in sicher erkennbarer Weise als die einzig verantwortliche Amtsperson hervortritt. Bedient er sich dagegen eines Gehilfen in so weitem Umfange, daß es die Partei in Wahrheit nur mit diesem zu tun hat, so ist die Beurkundung nichtig. AA. RG. DNotV. 05 568, JW. 05 491, WürttZ. 05 269.

§ 170. Josef, BadNotZ. 05 164. Die bei der Protestierung eines Wechsels vorkommenden Erklärungen können rechtsgeschäftliche sein, d. h. eine Begründung von Rechten bezwecken und erreichen, so die Erklärung des Ehrenannehmers und Ehrenzahlers, ferner die des Akzeptanten, durch die er seine anfechtbare Unterschrift bestätigt. Auf die Beurkundung des Vorganges, zu dem auch diese Erklärungen gehören, finden aber nicht die §§ 168 ff. FGG., sondern nach § 185 das. in Verbindung mit Art. 32 EGBGB. lediglich die Artt. 88 ff. WO. Anwendung. Daher regelt sich die Ausschließung des Notars nicht nach den §§ 170, 171 FGG., da diese nur Anwendung finden auf rechtsgeschäftliche Erklärungen, deren Beurkundung zu dem Zwecke erfolgt, um erst hierdurch die Wirksamkeit der Erklärungen herzustellen. Dies trifft beim Wechselproteste nicht zu; denn dieser ist nur ein Zeugnis des Notars über den Protestvorgang, zu dem auch jene Erklärungen gehören. Die Ausschließung des Notars vom Wechselprotest regelt sich demnach nach den landesgesetzlichen Vorschriften, die in Baden wie in Preußen die Anwendung des § 6 FGG. vorschreiben.

§ 171. I. 1. Josef, R. 05 247. Die Absicht der Beteiligten muß auf Einräumung eines Rechtes an den Notar gerichtet sein, die Ausschließung ist also nicht begründet, wenn ohne die gedachte Absicht der Beteiligten ihre Erklärung nur die Entstehung eines Rechtes für den Notar tatsächlich zur Folge haben kann. — Übernimmt der Käufer eines Grundstücks die für den Notar eingetragene Hypothek, so geschieht dies zur Berichtigung des Kaufpreises, also zwecks Regelung der gegenseitigen Beziehungen der Beteiligten, eine Verfügung zugunsten des Notars wird hierdurch nicht getroffen.

2. Paris, DJZ. 05 640 f. Die Worte des Gesetzes: „zu seinen Gunsten" sind nicht anders zu verstehen, als daß eine Begünstigungsabsicht, die Gewährung eines Vorteils einer Zuwendung vorliegen muß. — Der beurkundende Notar kann für seine Person im Versteigerungsprotokoll oder in einem Kaufvertrag über Grundstücke zur Abgabe der Auflassungserklärungen bevollmächtigt werden.

3. Dennler, R. 05 191. Der Notar darf einen Kaufvertrag über ein Grundstück, auf dem für ihn (oder seine Angehörigen) eine Hypothek haftet, die der Käufer übernimmt, nicht beurkunden.

II. Aus der Praxis. FrankfRundsch. 39 132 (Frankfurt). Wenn ein Grundstückseigentümer für ein Darlehn, das ihm aus dem Nachlaß eines Erblassers durch die diesen Nachlaß verwaltenden Testamentsvollstrecker gewährt worden ist, eine Hypothek in der Weise bestellt, daß die Hypothek als zu dem von den Testamentsvollstreckern verwalteten Nachlasse gehörig gekennzeichnet wird, so trifft er eine Verfügung zugunsten eines jeden der Testamentsvollstrecker; der als Testamentsvollstrecker fungierende Notar vermag daher die Bestellung der Hypothek nicht zu beurkunden.

§ 174. ElsLothZ. 05 585 (Colmar). Bei einer Versteigerung gehören die Ansteigerer nicht zu den bei der Beurkundung der Versteigerung mitwirkenden Personen. Sie brauchen daher nicht bei Verlesung der Versteigerungsbedingungen zugegen zu sein.

§ 176. Abs. 2. KGJ. 30 A 90 (KG.). Privatschriftliche Testamente werden dadurch, daß sie dem Protokoll über ihre Eröffnung als Anlage beigefügt werden, nicht ein Teil dieses Protokolls. Es kann deshalb von ihnen nur eine beglaubigte Abschrift, nicht eine Ausfertigung erteilt werden.

§ 177. I. 1. Dennler, BayNotZ. 05 79. Die Unterschrift; sie bedeutet endgültige Bestätigung eines Rechtsgeschäfts; sie muß Namensunterschrift sein; der zu unterschreibende Name ist der Familienname; Ausnahmen bestehen für Fürstlichkeiten, und wohl auch für katholische Bischöfe und Ausländer, die — wie die Orientalen — keinen Familiennamen haben. Familienname der Frau ist der ihres Mannes. Unterzeichnung mit einem Theaternamen oder Pseudonym ist nicht zulässig. Die Unterzeichnung geschieht durch Schreiben des Namens und zwar in Schriftzeichen, in denen auch sonst das Protokoll aufgenommen wird, also nur durch deutsche oder lateinische Schriftzeichen. Die Unterschrift muß unter dem Texte der Urkunde sich befinden; auf einer besonderen Zeile braucht sie aber nicht zu stehen. Die Unterzeichnung erfolgt erst nach fertiggestelltem Texte; Blankettunterschriften gibt es bei den gerichtlichen oder notariellen Urkunden nicht. Die Unterschrift muß auf der Willenstätigkeit des Erklärenden selbst beruhen; eine gewisse Hilfeleistung hierbei schließt aber die Eigenhändigkeit nicht aus. — Die Unterschrift muß als Namensunterschrift erkennbar sein; einige Unleserlichkeit und Flüchtigkeit der Handschrift schadet nichts.

2. Josef, DNotV. 05 345. Obwohl die Unterschrift eines Blinden für die Genehmigung seiner Erklärungen eine nur geringe Bedeutung hat, so nötigt die Fassung des § 177 FGG. und des § 2242 BGB. doch zu dem Schlusse, daß das Protokoll von dem Beteiligten (Erblasser) auch dann unterschrieben werden muß, wenn er blind ist. Die bloße Feststellung der Blindheit befreit von der Notwendigkeit der Unterschrift ebensowenig wie die protokollierte Erklärung des Beteiligten (Erblassers), blind zu sein; die Notwendigkeit seiner Unterschrift fällt nur fort, wenn seine Erklärung, nicht unterschreiben zu können, zu Protokoll festgestellt ist.

3. Josef, ZBlFG. 5 483—487. Ist im Protokolle festgestellt, daß „das Protokoll" vorgelesen und genehmigt sei, und folgt nun die Erklärung des Beteiligten, daß er nicht schreiben könne, so ist hiermit bezeugt (festgestellt), daß auch diese Erklärung mit vorgelesen und mit genehmigt ist, denn auch diese Erklärung ist ein Teil des Protokolls, und der Umstand, daß sie räumlich hinter dem Vorlesungsvermerke beurkundet ist, beweist nicht, daß sie erst nach der Verlesung abgegeben sei.

II. Aus der Praxis. a) RG. DNotV. 05 652, JW. 05 541, Naumburg AK. 05 81, DJZ. 05 961, R. 05 567, BayRpflZ. 05 511. Der Vollziehungsvermerk darf nicht hinter den Unterschriften der Parteien stehen; denn die Feststellung, daß das Protokoll vorgelesen, genehmigt und unterschrieben worden ist, bildet einen wesentlichen Bestandteil des Protokolls. — AM. Landsberg, PosMSchr. 05 141, 188 (Posen). — b) ZBlFG. 5 554, DNotV. 05 291, SächsA. 15 108 (Dresden). Eine dem Protokoll als Anlage beigefügte Schrift braucht nicht mit dem Protokolle vorgelesen und von den Parteien genehmigt zu werden. Gegen RG. und KG. vgl. JDR. 3 § 176 zu II Ziff. 1.

§ 181. Rau, R. 05 277, führt aus, daß § 181 Satz 2 auf Grundstücksversteigerungen keine Anwendung finden könne; er gelte nur für Bieter, die bereits an ihr Gebot gebunden seien, und bei Grundstücksversteigerungen trete die Bindung erst ein, wenn das Gebot zu Protokoll genommen und dieses durch den Bieter unterschrieben sei.

§ 183. R. 05 475 (Stuttgart). Die Verwandtschaft oder Schwägerschaft zwischen dem Urheber der Unterschrift und dem die Unterschrift beglaubigenden Beamten bildet kein Hindernis für die Vornahme der Beglaubigung. Bei der grundsätzlichen Verschiedenheit der Tätigkeit des Beamten bei der in §§ 168 ff. geregelten Beurkundung von Rechtsgeschäften, und bei der im § 183 geordneten Beglaubigung von Unterschriften erscheint es in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift unzulässig, die für erstere Tätigkeit gegebenen Bestimmungen auch auf die letztere Tätigkeit für anwendbar zu erklären.

Elfter Abschnitt. Schlußbestimmungen.

§ 199. 1. KGJ. 28 A 3 (KG.). Das KG. ist zuständig für die Entscheid. der weiteren Beschw. in Sachen der freiw. Gerichtsbarkeit gegen Beschlüsse der gemeinschaftlichen LG. in Meiningen und Rudolstadt, welche Entscheid. der AG. aus den preußischen Kreisen Schleusingen, Schmalkalden und Ziegenrück betreffen, ebenso auch für die Entscheid. eines Zuständigkeitsstreits zwischen einem der genannten und einem dem Bezirk eines preuß. OLG. angehörenden AG.

2. BayObLG. 6 118. Das BayObLG. hat als gemeinschaftliches Obergericht im Sinne von § 5 nur dann zu entscheiden, wenn die bayerischen Gerichte, über deren Zuständigkeit kein Streit besteht, nicht zum Bezirke des nämlichen Oberlandesgerichts gehören.

§ 200. *Neumiller, SeuffBl. 05 41 ff. Die zur Schaffung eines Vollstreckungstitels führende Notariatskostenfestsetzung ist Bestandteil der freiw. Gerichtsbarkeit, nicht des Disziplinar- oder Justizverwaltungsrechts. Auch soweit die Vorschriften der ZPO. entsprechend anwendbar sind, ist das BayObLG., nicht das OLG. Beschwerdegericht. Die amtliche Vertretung durch den Amtsnachfolger oder Notariatsverweser ist nicht als selbständige Parteistellung, sondern analog dem Anwaltszwange zu beurteilen. Die Festsetzungsvorschriften sind als bewährt zu erachten, insbesondere wegen der Einheitlichkeit der letztinstanziellen Rechtsprechung, z. B. hinsichtlich der Nichthaftung des Bevollmächtigten für die Beurkundungskosten.

Personenstandsgesetz.

§ 15. ElsLothNotZ. 05 226, ElsLothZ. 06 75 (Colmar). Durch die Geburtsurkunden wird, gleichgültig, ob es sich um solche des französischen Rechtes oder des PStG. handelt, die eheliche Abstammung des Kindes nachgewiesen. AM. Sartorius Anm. 5 zu § 22 PStG.

§ 16. Abs. 2. RJA. 5 138, KGJ. 29 A 255 OLG. 12 234 (Stuttgart). „Einsicht“ ist nicht „Durchsicht“ aller Register oder gewisser Jahrgänge ohne Bezeichnung der den Gesuchsteller interessierenden Einträge und kann deshalb auch versagt werden, wenn jemand nur zum Zwecke einer allgemeinen Durchsicht der Register sich den Schein gibt, als wolle er einen bestimmten Eintrag aufsuchen. Ebenso WürttZ. 05 361 und LG. Ulm, WürttZ. 05 338.

§ 17. DJZ. 05 445, StB. 04 242 (Hamm). Der Inhalt des PStG. gibt keinen sicheren Anhalt dafür, in welcher Weise die im § 17 festgesetzte Frist berechnet werden soll. Es steht deshalb nichts entgegen, die in anderen Gesetzen (§ 43 StPO., § 222 ZPO., § 17 FGG. u. §§ 186—193 BGB. enthaltenen Bestimmungen über die Fristberechnung auch hier anzuwenden (Sartorius 140, Philler zu § 17). — Dagegen Becker, DJZ. 05 445. Der § 193 BGB. bezieht sich nicht auf öffentlich-rechtliche Bestimmungen, das PStG. ist aus sich selbst heraus auszulegen. Bisher wurde die Frist einfach kalendermäßig berechnet. Hinschius zu § 17, MJ. und JM. 29. 10. 79 (MBliV. 80 26). Ebenso Stenglein, Strafrechtliche Nebengesetze (3) 638 und StB. 04 9, 43, 47 Nr. 4, ferner HessRspr. 5 9 (Darmstadt), StB. 04 236 unter Bezugnahme auf die Dienstanweisung für die hess. StB. v. 29. 11. 99. Vgl. Keller, DJZ. 05 639.

§§ 24, 27. *Oertel, SächsA. 14 762 ff. (gegen Weyl, Der Name der Findelkinder und anderer Namenloser). Die Frage, wer befugt ist, Findlingen, gleichviel ob sie neugeboren oder volljährig sind, sowie sonstigen volljährigen Personen, die aus irgendeinem Grunde keinen Familiennamen haben, einen solchen zu geben, ist eine Frage des öffentlichen Rechtes und daher nicht nach den Bestimmungen des BGB. zu beurteilen, sondern nach den hierüber geltenden Vorschriften des einschlagenden Landesrechts.

§ 58. RJA. 6 31, BayObLG. 6 214, KGJ. 30 A 297, SeuffBl. 05 427, OLG. 12 236 (BayObLG.). Unter den Begriff der amtlichen Ermittlung fällt schon die Kenntnisnahme und Würdigung von dem Todesfalle, da das Ergebnis dieser Würdigung für die Entscheidung über die Vornahme der Beerdigung die Grundlage zu bilden hat (JustMinEntschl. v. 16. 7. 80, Weber, Ges.- u. VOSamml. 14 532). Eine in Unkenntnis des amtlichen Ermittlungsverfahrens vorgenommene Eintragung ist nicht schon aus diesem Grunde zu löschen. Vgl. auch den Bericht von Harster, BayRpflZ. 05 339.

§ 59. 1. Abs. 1 Nr. 2. RJA. 6 31, BayObLG. 6 214, KGJ. 30 A 297, OLG. 12 236, SeuffBl. 05 427 (BayObLG.). Ist in der Sterbeurkunde die Örtlichkeit des Sterbefalls näher bezeichnet, so erstreckt sich die im § 59 bestimmte Beweiskraft auch auf sie. Vgl. **RG.** 3 317 u. 9 415, **RG.** (Straff.) 30 429.

2. **RG.** (Straff.) 37 207. Mangels näherer Bestimmung des Begriffs „Ort“ ist es dem Ermessen des StB. überlassen, den Ort so genau zu bezeichnen, wie es ihm zur Feststellung, um welchen Sterbefall es sich handelt, erforderlich erscheint. Er kann daher neben der Angabe des Gemeindebezirkes der Ortschaft auch die Angabe der Wohnung, in der der Tod eingetreten ist, für angemessen halten. Auch eine solche Spezialisierung hat dann öffentlichen Glauben zu beanspruchen.

§ 60. RJA. 6 31, BayObLG. 6 214, KGJ. 30 A 297, OLG. 12 236, SeuffBl. 05 427 (BayObLG.). Hat die Beerdigung vor der Eintragung des Sterbefalls ohne Genehmigung der Ortspolizeibehörde stattgefunden, so ist eine ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde erfolgte Eintragung des Sterbefalls von Amts wegen zu löschen.

§ 65. 1. KGJ. 30 A 69, RJA. 6 97, OLG. 12 237, DJZ. 05 1172 (KG.). Unter Berichtigung im Sinne des § 65 sind nur solche Eintragungen zu verstehen, welche sich darauf beziehen, daß eine Eintragung von vornherein unrichtig oder unvollständig war, nicht auf die Eintragung von später einge-

tretenen Tatsachen, welche die an sich richtigen Eintragungen in ihrer rechtlichen Bedeutung ändern. Deshalb kann die Legitimation eines unehelichen Kindes nicht im Wege der Berichtigung in das Standesregister eingetragen werden.

2. KGJ. **30** A 280, RJA. **6** 99 (KG.). Ein Antrag auf Berichtigung ist unzulässig, wenn der StB. sich bei der Eintragung von Vornamen der ihm von der Aufsichtsbehörde vorgeschriebenen Schreibweise (z. B. in Preußen nach dem Erlasse des MJ. v. 10. 6. 03 in der von dem Staatsministerium beschlossenen neuen Rechtschreibung) bedient, auch wenn diese von der Schreibweise der Beteiligten abweicht. Eine Verletzung des § 12 BGB. liegt nicht vor.

§ 66. 1. Das Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde des StB. wird bejaht vom **RG. 60** 196 u. OLG. **5** 227, 228 (KG.).

2. KGJ. **28** A 186 (KG.). Die Aufsichtsbehörde des StB., die das Gericht gemäß § 66 Abs. 2 PStG. mit der Berichtigung einer Standesregistereintragung befaßt, kann nicht von diesem auf Grund der angeführten Gesetzesvorschrift auf den Prozeßweg verwiesen werden.

Das Reichs-Haftpflichtgesetz

vom 7. Juni 1871 in der Fassung des Art. 42 EGBGB.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung auf dem Gebiete des Haftpflichtrechts ist auch im Berichtsjahr eine ziemlich ausgiebige gewesen. Zunächst erscheint erwähnenswert die Entsch. des RG., welche unter Aufgabe der bisherigen Rechtsanschauung des Gerichtshofs auch für die Klagen aus dem Haftpflichtgesetze nunmehr den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gemäß § 32 ZPO. für gegeben erachtet (s. Bem. IX zu § 1). Beachtung verdient sodann die weitere Entsch. des RG., wonach nunmehr die Weigerung des Verletzten, sich einer entsprechenden Kur zu unterziehen, gegebenenfalls die Einrede des Mitverschuldens gemäß § 254 BGB. begründet (s. Bem. VI 7 zu § 1). Erhebliche praktische Bedeutung besitzen auch die Erkenntnisse des RG. über die Frage, in welchem Zeitpunkte der Haftpflichtanspruch des Verletzten auf die Berufsgenossenschaft oder den zur Gewährung einer Unfallfürsorgepension verpflichteten Staat übergehe und in welcher Weise sich dieser Übergang rechtlich vollziehe; auch hier hat das RG. seine frühere Auffassung teilweise geändert (vgl. Bem. II 7 zu §§ 3, 3a). Im übrigen ist die bisherige Rechtsprechung über den Einfluß des § 254 BGB. auf das Haftpflichtrecht aufrechterhalten (vgl. Bem. VII zu § 1). Besonders hingewiesen werden muß an dieser Stelle daher auf das reichhaltige zum § 254 BGB. veröffentlichte Material, dessen Heranziehung natürlich für die Benutzer des JDR. bei den einschlägigen Fragen des Haftpflichtrechts geboten und empfehlenswert ist, wie überhaupt der Zusammenhang mit den allgemeinen Fragen des Schadensersatzrechts (§§ 249, 276, 278, 823 ff.) nicht aus den Augen zu lassen ist. Eine Reihe von Verweisungen führen den Lesern des JDR. diesen Zusammenhang auch äußerlich vor Augen.

§ 1. I. Betriebsunfälle. 1. **RG.** JW. **05** 734 (vgl. auch JDR. **3** Bem. I 9 zu § 1 HaftpflG.). Wie im Verhältnisse zum Tierhalter bei Verletzung eines Dritten durch das Tier die Eisenbahn gemäß § 840 Abs. 3 BGB. für den Schaden allein haftbar ist, so ist sie es auch im Verhältnisse zum Tierhalter bei Verletzung des letzteren selbst. Sie kann dem verletzten Tierhalter also nicht den Einwand entgegensetzen, daß er von ihr Schadensersatz nicht verlangen könne, weil er für den Schaden gemäß § 833 BGB. selbst verantwortlich sei. Denn die gesetzliche Haftung des Tierhalters ist eine von dem Schuldmomente gänzlich absehende, reine Gefährdungshaftung; dagegen ist die Haftung des Eisenbahnunternehmers, wenn er auch aus dem Gesetz ohne Rücksicht auf ein tatsächlich im gegebenen Falle etwa vorliegendes Verschulden haftet, doch nicht eine reine Gefährdungshaftung; es liegt ihr eine gewisse allgemeine Schuldvermutung zugrunde,

welche auch in der Zulassung des Einwandes der höheren Gewalt zum Ausdrucke kommt. Die Eisenbahnhaftpflicht wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Tier zugleich eine Sache des Eisenbahnunternehmers (Zertrümmerung einer Schranke durch das scheugewordene Pferd) beschädigt hat. Denn das Durchbrechen der Schranke ist nur die entferntere Ursache gegenüber dem Eisenbahnbetrieb als der unmittelbaren Ursache, die das Scheuen des Tieres herbeigeführt hat, und jene entferntere Ursache ist daher im Verhältnisse der Eisenbahn zum Tierhalter von der ersteren zu vertreten. Wenn daher ein durch den Bahnbetrieb scheugewordenes Pferd den Besitzer vom Wagen abwirft und, dahinrasend, die Bahnschranke durchbricht, und dabei neben dem Besitzer Pferd und Wagen verletzt werden, so hat der Eisenbahnunternehmer sowohl den dem Besitzer zugegangenen Körperschaden als auch (gemäß § 25 PrEisenbG. v. 3. 11. 38) den durch Beschädigung des Pferdes und Wagens entstandenen Schaden zu ersetzen, ohne für die Zertrümmerung der Schranke seinerseits Entschädigung vom Tierhalter verlangen zu können.

2. R. **05** 569 (Stuttgart). Bei dem Betrieb einer Eisenbahn hat sich ein Unfall auch dann ereignet, wenn der Wagen einer elektrischen Straßenbahn zur Zeit des Zusammenstoßes schon stille stand.

3. SeuffA. **60** 279, EisenbE. **22** 14 (Kassel). Betriebsunfall ist auch dann gegeben, wenn ein Reisender, um von einem Zuge zum anderen umzusteigen, das Schienengeleise überqueren muß und hierbei auf dem holperigen Schienengeleise zu Falle kommt, sofern nach Lage der Sache beim Umsteigen besondere Eile geboten war. In dem raschen Laufen des Reisenden ist dabei kein eigenes Verschulden zu erblicken, wenn die Eile durch Zuruf der Beamten, die Reisenden müßten sich beim Umsteigen beeilen, gerechtfertigt war; auch das Tragen eines Gepäckstücks hierbei, wie dies im Verkehre Gebrauch ist, enthält kein Verschulden.

4. **RG.** JW. **05** 405, R. **05** 652. Betriebsunfall liegt vor, wenn ein neben der Bahn Arbeitender durch eine aus einem vorüberfahrenden Zuge geworfene Glasflasche verletzt wird. Die dem Eisenbahnbetrieb eigentümliche Gefahr liegt hier darin, daß durch den Transport von Menschen und die Art desselben eine Gelegenheit und ein Spielraum für das Hinauswerfen von Körpern aus dem Eisenbahnwagen eröffnet wird und daß eine unter anderen Umständen ungefährliche Handlung, wie ein sicherer Wurf nach sicherem Ziele, wegen der Unmöglichkeit der Beherrschung der Flugbahn für andere gefährlich werden kann. Gleichgültig ist, ob der Wurf von einem Eisenbahnbediensteten oder einem Reisenden erfolgt ist. Höhere Gewalt liegt hier deshalb nicht vor, weil hierzu Unfälle nicht zu rechnen sind, die in der gefährdenden Natur des Unternehmens ihren Grund haben und eben deshalb vom Unternehmer zu tragen sind. Vgl. auch u. Bem. zu Ziff. V Nr. 1.

5. (Vgl. auch Art. 105 EGBGB. und Art. 56 BayAGBGB.). BayRpflZ. **05** 352 (München). Als Betriebsunfall ist anzusehen die Verletzung eines Pferdes in der Weise, daß sich dasselbe in einem abgerissenen Drahte des Staatstelegraphen, der über den Fahrdraht der Straßenbahn hinging, verwickelte und durch den Starkstrom der Straßenbahnleitung niedergeschlagen und beschädigt wurde.

II. Kausalzusammenhang. 1. **RG.** JW. **05** 487. Ursächlich für einen entstandenen Schaden ist jede Handlung oder Unterlassung, ohne die der Schaden nicht entstanden sein, der Unfall sich nicht ereignet haben würde.

2. **RG.** JW. **05** 690 (s. zu §§ 823 ff. BGB. Ziff. 3 Abs. 3). Der bloß negative Ausspruch des Gerichts, daß es nicht überzeugt sei, daß der Unfall bei Abwesenheit des Verschuldens nicht entstanden wäre, genügt nicht, und der Satz des Gerichts ist rechtsirrtümlich, daß der erforderliche Kausalzusammen-

hang nur dann als vorhanden angesehen werden könne, wenn feststünde, der Unfall wäre nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ohne die schuldhafte Unterlassung nicht eingetreten.

3. HansGZ. **05** Beibl. 3, SeuffA. **60** 466 (Hamburg). Lassen sich im einzelnen Falle die einzelnen Hergänge, durch welche der Zusammenhang zwischen der Verschuldung und dem Schaden hergestellt wird, nicht nachweisen, so wird das Gericht zu prüfen haben, ob nicht mit Rücksicht auf die Sachlage es für ausgeschlossen zu erachten sei, daß der Schaden auf eine andere Ursache als die Verschuldung zurückgeführt werden könne. — Dabei wird es unberücksichtigt zu lassen haben, daß in dem unbegrenzten Gebiete der Möglichkeiten auch noch die Möglichkeit einer anderen Entstehungsursache des Schadens gegeben ist. Das Gericht wird die Überzeugung von dem Zusammenhange zwischen Verschulden und Schaden schon dann gewinnen können, wenn nach den Erfahrungen des täglichen Lebens für das Bestehen eines solchen Zusammenhangs die Wahrscheinlichkeit in hohem Grade spricht und das Gericht mit dem Eintritt ungewöhnlicher Ereignisse rechnen müßte, falls es den Zusammenhang zwischen der Tatsache des Verschuldens und der Tatsache der Schadensentstehung nicht annehmen wollte (s. auch zu §§ 823 ff. BGB. Ziff. 3).

4. RVANachr. **05** 509. Kein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Unfall und dem eingetretenen Tode liegt vor, wenn ein wegen eines Betriebsunfalls in ein Krankenhaus eingewiesener Verletzter über die Brüstung der Empore der Krankenhauskapelle unvorsichtigerweise herabstürzt und dadurch getötet wird. Ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Betriebsunfall und den während des Aufenthalts im Krankenhaus eintretenden Gesundheitsbeschädigungen ist nur dann gegeben, wenn diese Gesundheitsbeschädigungen durch den früheren, beim Betrieb erlittenen Unfall mittelbar herbeigeführt worden sind; es muß also feststehen, daß der Aufenthalt im Krankenhause den zweiten Unfall nur deshalb herbeigeführt hat, weil infolge der früheren Verletzung eine geringere körperliche Gewandtheit oder eine geringere Widerstandsfähigkeit des Verletzten vorhanden war oder weil derselbe durch die zu dem Untersuchungs- oder Heilungszweck erfolgten Maßnahmen besonderen Gefahren ausgesetzt worden ist, die über die Gefahren des täglichen Lebens hinausgehen.

5. Über Kausalzusammenhang s. im übrigen zu §§ 823 BGB. Ziff. 3, 249 Ziff. 3.

III. Eisenbahn. (Vgl. JDR. **3** Bem. III zu § 1 HaftpflG.) 1. **RG.** GruchotsBeitr. **49** 1103. Auch Pferdebahnen sind, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind, Eisenbahnen im Sinne des § 1 HaftpflG.

2. EisenbE. **21** 278, KleinbZ. **04** 818 (RVA.). Unter Eisenbahn versteht man nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch, auch wenn der Begriff soweit als möglich ausgedehnt wird, stets nur einen eisernen Gleisstrang (Schienen oder festgespanntes Drahtseil), auf welchem Wagen fortbewegt werden. Die gleiche Bedeutung hat das Wort „Eisenbahn" im technischen Sinne (vgl. Lueger, Lexikon der Technik, Artikel „Eisenbahnen" III 588). Selbst bei weitester Ausdehnung ist also zum Begriff „Eisenbahn" das Vorhandensein der besonderen Fahrbahn, eines Gleises, erforderlich, auf der die fortzubewegenden Wagen ruhen.

3. (Vgl. § 823 Abs. 2 BGB.) *Vorwerk, Automobilhaftung 98—105. Unterstellung der Automobile unter § 2 dies. G. de lege ferenda nicht zu empfehlen, da es sich dort um Betriebe mit größerem Personal handelt und die Lage des Ersatzberechtigten hierbei keine bessere wird, unter § 1 nicht, da dann Schutz gegen Sachschäden fehlt, und als Haftschuldner weder Führer (da vermögenslos) noch Eigentümer (widerspricht dem Grundgedanken des Gesetzes), noch Betriebsunternehmer (Begriff zu unbestimmt), noch Besitzer (wegen Schwierigkeit,

ob nur unmittelbarer oder auch mittelbarer, und wie ev. Regreßrechte zu gestalten), noch auch Benutzer oder Halter (aus demselben Grunde) in Betracht kommen können, zudem der Täter vielfach nicht zu ermitteln sein wird.

IV. Körperverletzung. (Vgl. JDR. 3 Bem. IV zu § 1 HaftpflG.) RG. JW. 05 235, EisenbE. 22 56. Der Begriff der Körperverletzung erstreckt sich auch auf Gesundheitsschädigungen — Nervenerschütterungen, Lähmungen — infolge Schreckens.

V. Höhere Gewalt. (Vgl. Bem. 2 zu § 456 HGB.) 1. RG. JW. 05 405, R. 05 652. Keine höhere Gewalt liegt vor, wenn ein Passagier aus dem Fenster des fahrenden Eisenbahnwagens einen Gegenstand (Glasflasche) wirft und dadurch ein neben dem Geleise Stehender verletzt wird. Denn einer höheren Gewalt können Unfälle nicht zugeschrieben werden, die in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst ihren Grund haben, so daß, wenn die Unmöglichkeit einer Verhütung besteht, eben insoweit der Eisenbahnunternehmer die Gefahr zu tragen hat. Vgl. o. Bem. I Ziff. 3.

2. RG. GruchotsBeitr. 49 1103. Daß gegenüber der Haftung aus § 1 HaftpflG. die Einrede der höheren Gewalt nicht auf das unvorsichtige Verhalten eines unter 7 Jahre alten Kindes gegründet werden kann, ist ebenso anerkannt, als daß die Frage des eigenen Verschuldens bei der Unmündigkeit des Kindes ausscheidet (RG. 54 404). Vgl. auch JDR. 3 Bem. V 5 zu § 1 HaftpflG.

3. RG. JW. 05 321. Kläger wurde dadurch verletzt, daß der Zug der Kleinbahn, worin er von S. nach T. fuhr, vom Sturme umgeworfen wurde. Hierin liegt keine höhere Gewalt, da der Bahnverwaltung die Gefahr, die der Sturm einem fahrenden Zuge bringen könnte, bekannt war und ihr von der Aufsichtsbehörde auch zur Pflicht gemacht worden war, bei gewissen Windstärken den Betrieb einzustellen, der Sturm auch bereits eingetreten war, als der Zug abgelassen wurde, der Sturm also nicht unversehens hereinbrach. Auch nicht eigenes Verschulden des Klägers liegt darin, daß er, trotz seiner Angst, es könne infolge des herrschenden Sturmes etwas passieren, den Zug dennoch benutzte, da er sich auf das Bahnpersonal, das die Abfahrt des Zuges für zulässig hielt, verlassen durfte.

VI. Eigenes Verschulden. 1. Vgl. JDR. 3 Ziff. VI zu § 1 HaftpflG. und o. zu § 254 BGB. Ziff. 7 und 10a.

2. Über Art und Maß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt s. § 276 BGB. Ziff. 3.

3. RG. GruchotsBeitr. 49 652. Durch Verschulden des Vaters in der Beaufsichtigung eines Kindes unter 7 Jahren wird der Anspruch des Vaters auf Ersatz der Heilungskosten für das Kind nicht ausgeschlossen, da der Haftung des Unternehmers gegenüber nur das eigene Verschulden des Beschädigten in Frage kommt. Dagegen:

4. Hinze, EisenbE. 21 401, der diesen Einwand gegenüber dem Vater im Hinblick auf §§ 823 oder 832 BGB. für begründet hält.

5. S. Einzelfälle und -Unfälle zum § 1 HaftpflG. unter dem Gesichtspunkt mitwirkenden Verschuldens des Verletzten bei § 254 BGB. Ziff. 10a (zu α: — Straßenbahnunfälle; — zu β: — Eisenbahnunfälle). — S. ferner: RG. JW. 05 498. Wenn der Getötete, der zudem noch betrunken war, ohne jeden vernünftigen Grund und gegen die Verbote und Warnungen der Zugbeamten auf der Plattform des Wagens, von der er herunterstürzte, sich aufhielt, dann liegt in der Tat ein so weit überwiegendes Verschulden des Getöteten vor, daß die Verursachung des ganzen Schadens ihm allein zur Last gelegt werden kann.

6. Besonderes über die Beweislast. RG. JW. 05 696. Der Beweis des eigenen Verschuldens liegt unter Umständen nicht dem Betriebsunternehmer

ob. Wie das RG. schon öfter ausgesprochen hat, ist in Fällen, wo ein Hergang dargetan ist, dessen Gestaltung nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge eine eigene Handlung des Verletzten als die Ursache des Unfalls und diese Handlung als schuldhafte Gefährdung des eigenen Lebens erscheinen läßt, dem beklagten Betriebsunternehmer nicht anzusinnen, auch noch zu behaupten und nachzuweisen, daß das aus der festgestellten Sachlage an sich erhellende eigene Verschulden des Verletzten nicht durch irgendwelche besondere Umstände ausgeschlossen wird, und es kann allein daraus, daß solche Umstände denkbar sind, nicht die Folgerung abgeleitet werden, daß der dem Betriebsunternehmer obliegende Beweis nicht erbracht sei. Es ist in solchen Fällen vielmehr regelmäßig Sache der klagenden Partei, darzutun, daß solche Umstände vorgelegen haben (**RG. 38** 162).

7. Über die Pflicht des Verletzten, zur Heilung mitzuwirken — **RG. 60** 147ff., JW. **05** 201 Nr. 4, EisenbE. **22** 47ff., R. **05** 279 Nr. 1263 — und Dronke, EisenbE. **22** 92—101, 209—220 — s. eingehend BGB. § 254 Ziff. 5a u. b.

8. Über das Verhältnis des § 278 zum § 254 BGB. s. § 254 Ziff. 4 und über Dronke, Einfluß des Verschuldens von Angestellten des Beschädigten auf die Haftung des Eisenbahnunternehmers, EisenbE. **22** 295—303, 413—422, § 254 Ziff. 7c, § 831 Ziff. 6a.

VII. Verhältnis des § 254 BGB. zum HaftpflG. Vgl. JDR. **3** Bem. Ziff. VI zu § 1 HaftpflG.; ferner zu § 254 BGB. JDR. **2** Ziff. 10, **3** Ziff. 8, **4** Ziff. 7.

VIII. Verhältnis der Betriebsunternehmer zueinander und zu anderen Haftpflichtigen. **RG.** JW. **05** 429, DJZ. **05** 813. a) Wenn der Fahrgast einer Straßenbahn dadurch verletzt wird, daß der Wagen dieser Straßenbahn mit dem Wagen einer anderen Straßenbahn zusammenstößt, so ist der Unfall gleichzeitig beim Betriebe zweier Eisenbahnen eingetreten. In diesem Falle haftet jeder der beiden Betriebsunternehmer für den gesamten, nach dem HaftpflG. zu ersetzenden Schaden. Da nun die Haftung des Betriebsunternehmers aus dem HaftpflG. jener aus einer unerlaubten Handlung gleichsteht, finden gegenüber den mehreren Schuldnern die Vorschriften der §§ 840, 421 BGB. Anwendung, wonach jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, beide also Gesamtschuldner sind. Gesamtschuldner aber sind nach § 426 BGB. im Verhältnis zueinander zur Ausgleichung verpflichtet. Diese Regreßpflicht wird im vorliegenden Falle nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Fahrgast zu dem einen Betriebsunternehmer durch Lösung der Fahrkarte in ein Vertragsverhältnis getreten ist und dieser Betriebsunternehmer daher auf Grund des Vertrags dem Fahrgaste haftbar erscheint, da eine Haftung aus dem Vertrage im vorliegenden Falle mangels eines Verschuldens nicht in Betracht kommt. Aus Billigkeit kann man nur dazu gelangen, die Regreßpflicht gegen den anderen Betriebsunternehmer dann auszuschließen, wenn der klagende Betriebsunternehmer selbst, d. i. die in §§ 31, 89 BGB. genannten Organe, den Unfall verschuldet haben, nicht aber, wenn nur das Handeln eines Bahnangestellten den Unfall verschuldet hat. S. auch zu § 426 BGB. Ziff. 6. — b) Die Verpflichtung aus dem Haftpflichtgesetze ist nicht eine subsidiäre derart, daß der aus diesem Gesetze belangte Unternehmer einen Regreß gegen jeden, aus zivilrechtlichen Gründen Verpflichteten hätte. Sie kann gegenüber der für einen anderen wegen bloßer Gefährdung oder auch aus vermutetem Verschulden bestehenden Haftung keinesfalls als die entferntere, sekundäre Verpflichtung angesehen werden; im Gegenteil ist der haftpflichtige Unternehmer den im § 840 Abs. 3 BGB. genannten „Dritten" zuzuzählen, die im Verhältnis zu den nach §§ 833—838 BGB. Verpflichteten allein haften. Vgl. auch JDR. 3 Bem. I Nr. 9 zu § 1 HaftpflG.

IX. Gerichtsstand bei Haftpflichtansprüchen. (Vgl. IDR. 2 Vorbem. 7 zum HaftpflG.) **RG. 60** 300 ff., JW. **05** 317, DIZ. **05** 554. Der Gerichtsstand für Ansprüche aus dem HaftpflG. ist bei dem Gerichte des Ortes, wo der Unfall geschah, begründet (§ 32 ZPO.). Die gegenteilige Entsch. des RG. **50** 408 kann nicht aufrechterhalten werden. S. das Nähere über diese Entsch. zu §§ 823 ff. BGB. Ziff. 1 c.

§ 2. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 133. Als Unfall beim Steinbruchbetrieb ist es zu erachten, wenn das Verladen der im Steinbruch gebrochenen Steine zusammen mit der hierbei noch vorzunehmenden Sortierung auf dem Ladeplatze der Eisenbahn, wohin die Steine direkt auf Rollwagen unsortiert verbracht waren, oder erst in den Eisenbahnwagen selbst vorgenommen wird.

2. **RG.** SächsA. **15** 76, EisenbE. **21** 355. Auch sog. Außenarbeiten gehören zum Betrieb einer Fabrik, wenn die Zusammengehörigkeit mit den Fabrikanlagen und die Natur des Betriebs dieses nach den tatsächlichen Verhältnissen bedingt. Wenn auch im allgemeinen zum Betriebe der Fabrik diejenigen Arbeiten nicht gehören, die den Transport des zu verarbeitenden Materials nach der Fabrik oder der Fabrikate von der Fabrik betreffen, so ist doch auch insoweit die Frage der Betriebszugehörigkeit, deren Grenze nur eine schwankende sein kann, nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. Daher ist Zusammenhang z. B. gegeben bei einem außerhalb der Fabrikräume stehenden, den Zwecken der Fabrik dienenden Krahnen.

3. **RG.** GruchotsBeitr. **50** 133. Ob die Anwendung des § 2 HaftpflG. auf solche Fälle zu beschränken sei, welche mit der eigentümlichen Gefährlichkeit des Betriebs der im § 2 bezeichneten Anlagen in Verbindung stehen oder ob und inwiefern hierin die Haftpflicht aus § 2 sich von derjenigen aus § 1 unterscheide, ist nicht unbestritten und in der Rechtsprechung nicht gleichmäßig beurteilt worden (vgl. ROHG. **21** 276, **RG. 4** 98, andererseits Eger, HaftpflG. (5) 204 Nr. 19 und dort angeführte Entsch.). Indes braucht hier die Frage nicht entschieden zu werden. Jedenfalls ist nicht erforderlich, daß die fragliche Gefahr dem betreffenden Unternehmen ausschließlich eigen sein muß.

4. **RG.** EisenbE. **21** 266. Verschulden des Betriebsleiters einer Fabrik liegt darin, daß er in den Tagen vor dem Unfalle den Deckel des Schachtes, durch welchen der Kläger gefallen ist, mehrmals offenstehend gefunden und nicht für eine Änderung dieses Zustandes gesorgt hat. Der Fabrikunternehmer ist daher gemäß § 2 HaftpflG. für den Unfall haftbar, den der Kläger dadurch erlitten hat, daß er bei Ausführung der von seinem Dienstherrn im Pumpen- und Kesselhaus der Fabrik übernommenen Herstellung einer Arbeiterbadeeinrichtung durch den offenen Schacht gefallen ist.

§§ 3, 3a. I. Inhalt und Umfang des Schadensersatzanspruchs. 1. *B. Hilse, EisenbE. **21** 404. Auch die Kosten der Feuerbestattung, welche der Verunglückte wirksam angeordnet hatte, hat der aus der Haftpflicht Ersatzpflichtige den Erben jedenfalls insoweit zu erstatten, als sie die Kosten einer standesgemäßen Beerdigung nicht übersteigen. Ebenso: Reindl, EisenbE. **22** 201, der aber den Umstand, ob der Verunglückte die Feuerbestattung angeordnet hatte oder nicht, für einflußlos hält.

2. R. **05** 312 (Colmar). Zu den von dem Schadensersatzpflichtigen zu erstattenden Beerdigungskosten können auch die Kosten gerechnet werden, die der zur Beerdigung Verpflichtete für den Grabstein, für Vergitterung des Grabsteins, für Todesanzeigen, Blumen und Kränze standesgemäßerweise aufgewendet hat.

3. **RG.** JW. **05** 145, R. **05** 225. Die Kosten des Transports des Verletzten und nachmals verstorbenen Ehemannes können von der Witwe nicht ersetzt verlangt werden.

4. R. 05 564, HansGZ. 05 Beibl. 131 (Hamburg). Anspruch auf Ersatz von Nichtvermögensschäden — s. zu § 847 BGB. Ziff. 1 — ferner RG. R. 05 616 — zu § 847 Ziff. 2.

5. RG. EisenbE. 21 281. Die Zusprechung einer Rente an einen noch nicht Erwerbsfähigen in einem Zwischenurteile ist nur dem Grunde nach, d. h. dahin zu verstehen, daß dem späteren Verfahren die Feststellung der Höhe und des Zeitabschnitts vorbehalten bleibt.

II. Ersatzberechtigte Personen. 1. RG. JW. 05 647. Die Angehörigen des Verletzten (nicht des Getöteten) haben an sich keinen Anspruch auf Entschädigung. Die Entschädigung, die der Verletzte fordern kann, bestimmt sich nach § 3a, der den Angehörigen des Verletzten — abweichend von dem im § 3 geregelten Falle der Tötung — einen Anspruch auf Entschädigung nicht gibt. Es ist daher ein Antrag des Verletzten unzulässig, der eine Entschädigung auch seiner Frau für den Fall, daß sie ihn überleben sollte, begehrt. Ob die Frau einen Anspruch infolge des Unfalls hat, wird sich erst entscheiden, wenn der Verletzte tatsächlich mit Tod abgegangen sein wird, weil dann erst festgestellt werden kann, ob ihr der Anspruch auf Unterhalt durch den Unfall entzogen worden ist.

2. SeuffA. 60 335 (Hamburg). Kläger klagte wegen verminderter künftiger Erwerbsfähigkeit auf Zahlung einer vierteljährlichen, nach näherer Angabe der Klage steigenden Rente vom 2. 8. 1912 ab. Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Denn bei dem jetzt 8jährigen Kläger ist schlechterdings nicht einzusehen und zu beurteilen, welchen Schaden er durch Minderung einer Erwerbstätigkeit erlitten hat, die, wenn überhaupt, erst in 8 Jahren eintreten wird, deren etwaige Grundlagen, Richtung und Umfang sich zur Zeit auch nur annähernd weder erkennen noch bestimmen lassen. — Vgl. auch JDR. 3 Bem. II 2 zu §§ 3, 3a HapftpflG.

3. DJZ. 05 824, R. 05 592 (Colmar) s. zu § 255 BGB. Ziff. 4a (Verhältnis zur Versicherungsgesellschaft). Vgl. auch JDR. 2 Bem. II 1—3 zu § 1 HaftpflG.

4. RG. JW. 05 341, GruchotsBeitr. 49 944. Auch die durch die rechtswidrige Handlung eines Dritten verletzte Ehefrau hat an sich einen Schadensersatzanspruch wegen Aufhebung oder Minderung ihrer Erwerbsfähigkeit. Geht man davon aus, daß die Beeinträchtigung der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit nicht schon für sich und ohne weiteres einen Vermögensschaden darstellt, daß hierwegen Ersatz von dem geltenden Rechte nicht abstrakt, sondern nur für den dem Verletzten nach seinen Lebens- und Erwerbsverhältnissen wirkich entgehenden Erwerb gewährt wird (RG. 47 88), so spricht doch bei einer den arbeitenden Klassen angehörenden verheirateten Frau zum mindesten die Vermutung nicht dagegen, daß ihr durch die Aufhebung oder Minderung ihrer Arbeitsfähigkeit ein Vermögensnachteil erwachse. Die Ehefrau, welche ihre Arbeitskraft im Hauswesen und in der ehelichen Wirtschaft betätigt, wird allerdings, soweit und solange das lediglich in Erfüllung der ihr nach § 1356 BGB. obliegenden Pflicht geschieht, bei bestehendem gesetzlichen Güterrecht durch den Ausfall dieser Dienste einen unmittelbaren Vermögensschaden für ihre Person nicht erleiden. Immerhin ist es möglich, daß der Ehefrau in solchem Falle wenigstens mittelbar ein Vermögensnachteil erwächst (RG. 47 84) durch Beeinträchtigung ihres Unterhaltsrechts gegenüber dem infolge Wegfalls der Arbeitskraft der Ehefrau zu erhöhten Ausgaben gezwungenen Ehemanne, durch Wegfall der Möglichkeit, gemäß § 1367 durch ihre Arbeit außerhalb des Hauswesens und Geschäfts des Mannes selbständig zu erwerben, durch Verringerung der Sicherheit für ihr eingebrachtes Gut u. dgl. Wenn freilich der Mann gemäß § 845 BGB. schon für die ent-

gehenden Dienste der Ehefrau im Hauswesen im gegebenen Falle Entschädigung erhält, so wird hiermit regelmäßig auch der etwa rücksichtlich des Unterhalts der Ehefrau sonst eintretende Abmangel gedeckt sein; doppelt kann natürlich nicht wegen des Ausfalls der Arbeit der Frau Ersatz begehrt werden. Vgl. auch JDR. **2** Bem. III 3 zu § 1 HaftpflG.

5. *Reindl, BayRpflZ. **05** 459: Unter dem „gesetzlichen Entschädigungsanspruch gegen Dritte" im Sinne des § 57 Abs. 4 KrankVG. ist auch der Anspruch des beim Eisenbahnbetriebe Verletzten auf Grund des § 1 HaftpflG. zu verstehen. Beim Rückgriff der Krankenkasse gegen den Eisenbahnunternehmer ist aber nicht lediglich die Summe der von der Krankenkasse geleisteten Beträge mit der Summe der von dem Eisenbahnunternehmer zu ersetzenden Beträge abzugleichen, sondern es ist die rechtliche Natur der Beträge, aus denen sich die Unterstützung seitens der Krankenkasse, und die rechtliche Natur der Leistungen, aus denen sich die Entschädigung seitens des Unternehmers zusammensetzt, zu berücksichtigen und nur je nach der rechtlichen Natur dieser Beträge Abgleichung vorzunehmen. Der von der Krankenkasse für ärztliche Hilfe aufgewendete Betrag darf daher nur mit den von dem Eisenbahnunternehmer zu ersetzenden Heilungskosten und das von der Krankenkasse gewährte Krankengeld nur mit dem von dem Unternehmer für Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit zu ersetzenden Schadensbetrage abgeglichen werden.

6. **RG.** JW. **05** 27, GruchotsBeitr. **49** 379, EisenbE. **21** 284. Der gesetzliche Übergang von Haftpflichtansprüchen an die Berufsgenossenschaft (§ 140 GewUVG.) muß schon bei der Feststellung des Grundes des Haftpflichtanspruchs berücksichtigt werden. Der gesetzliche Übergang der Ansprüche des Verletzten vollzieht sich durch die Feststellung der Entschädigungspflicht der Berufsgenossenschaft. War diese Feststellung vor der Erhebung der Klage erfolgt, so mußte die Klage, soweit Ersatz von der Berufsgenossenschaft zu leisten ist oder geleistet wurde, abgewiesen werden. Ist jene Feststellung erst während des Prozesses erfolgt, so muß der Kläger seinen Antrag insoweit auf Verurteilung zur Zahlung an die Berufsgenossenschaft abändern; anderenfalls ist die Klage auch in diesem Falle insoweit abzuweisen.

7. Dagegen: **RG. 60** 200, JW. **05** 189, wo unter teilweiser Aufgabe der bisherigen Auffassung (**RG. 55** 385, JW. **05** 36, vgl. vorstehende Ziff. 6) ausgesprochen ist, daß nicht erst mit der Feststellung der Entschädigungspflicht seitens der Berufsgenossenschaft, sondern schon mit der Entstehung der Forderung des Verletzten gegen den Haftpflichtigen dieselbe auf die Genossenschaft übergehe in der Weise, daß die Forderung zunächst in der Person des Verletzten entstehe und durch die Person hierdurch, indem Entstehung und Übergang sich zeitlich berühren, auf die Genossenschaft übergehe. Ebenso für das Beamtenfürsorgerecht **RG. 60** 207.

8. RVANachr. **04** 623. Der Anspruch des Verletzten gegen den haftpflichtigen Dritten auf Ersatz des ihm durch den Unfall entstandenen Schadens geht nur in dem Umfang auf die Berufsgenossenschaft über, als sie selbst nach dem Gesetze zur Entschädigungspflicht verpflichtet ist. Sonstige Aufwendungen, die die Berufsgenossenschaft aus Anlaß des Unfalls hat machen müssen und die im Falle des § 136 GewUVG. zur Erstattung gelangen, z. B. Kosten der geschäftlichen Behandlung, bare Auslagen für ärztliche Gutachten 2c.), kann die Berufsgenossenschaft nicht mit den Ansprüchen des Verletzten gegen den haftpflichtigen Dritten decken.

III. Dauer und Erlöschen des Anspruchs. **RG.** JW. **05** 283, EisenbE. **22** 64 spricht, wie in den Urteilen vom 5. 1. 05 und 19. 1. 05 (s. JDR. **3** Bem. III 4 zu § 3, 3a HaftpflG.), den Grundsatz aus, daß bei der Zuerkennung

einer Rente das Gericht schon jetzt die voraussichtliche künftige Gestaltung der Verhältnisse in Rücksicht zu nehmen habe. Ebenso RG. JW. **05** 493, SächsA. 15 509. — Näheres über beide Urteile § 843 BGB. Ziff. 1, s. ferner § 249 BGB. Ziff. 4 (Verhältnis zu § 323 ZPO.).

§ 7. (Vgl. § 843 Abs. 2—4 BGB., § 323 ZPO.) 1. RG. JW. **05** 370, EisenbE. **22** 70. Sicherheitsleistung darf nur bei Verurteilung zur Entrichtung einer Geldrente, nicht aber bei der bloßen Feststellung der Verpflichtung zur Zahlung einer Rente gefordert und ausgesprochen werden. Dahingestellt kann bleiben, ob, wenn die Verurteilung zur Leistung einer Geldrente nur unter der Voraussetzung des Eintritts eines noch ungewissen Ereignisses ausgesprochen wird, damit eine Verurteilung zur Sicherheitsleistung verbunden werden darf.

2. RG. R. **05** 285. Wer mit Erfolg dafür verantwortlich gemacht werden kann, daß ein anderer einen Anspruch auf Entschädigung auf Grund des HaftpflG. verloren hat (z. B. ein Rechtsanwalt, der schuldhafterweise den Anspruch hat verjähren lassen), kann für den Fall, daß als Schadensersatz gegen ihn die Zuerkennung einer Rente erfolgt, gleichfalls zur Sicherheitsleistung für dieselbe gemäß § 7 HaftpflG. angehalten werden.

3. R. **05** 227 (Darmstadt). Die Erhöhung einer zufolge einer Privatvereinbarung zu gewährenden Unterhaltsrente kann nicht nur im Wege der Klage, sondern auch der einstweiligen Verfügung begehrt werden.

§ 8. 1. RG. JW. **05** 498, R. **05** 506. Der Anfangspunkt der Verjährung ist absolut bestimmt, also unabhängig davon, ob der Verletzte Kenntnis von dem Schaden erlangt hat, und gilt auch für solche Nachteile, die sich erst später herausstellen oder fühlbar machen. Die Klage auf präjudizielle Feststellung der Haftpflicht unterbricht die Verjährung. Es könnte nur im Hinblick auf die Fassung des § 209 Abs. 1 BGB., wo die Klage auf Feststellung des „Anspruchs" der Leistungsklage ausdrücklich gleichgestellt ist, und auf die Voraussetzungen der Rechtshängigkeit des Anspruchs (RG. **57** 372) fraglich werden, welche Bedeutung und Tragweite für die Unterbrechung der einzelnen Forderungen einer Klage auf Feststellung des zugrunde liegenden abstrakten Schadensersatzrechts beizumessen sei (Gaupp-Stein, ZPO. zu § 256 IV 3, Seuffert, ZPO. zu § 267 Note 1a (9) 387, Staudinger, BGB. § 209 Anm. 3 562).

2. RG. PucheltsZ. **04** 658, EisenbE. **21** 275. Die Schadensersatzklage unter Vorbehalt der Liquidation des Schadens in einem besonderen Prozeß ist, wie die Vereinigten Zivilsenate des RG. bereits in der Entsch. v. 28. 6. 88 (RG. **21** 382) ausgesprochen haben, nur zulässig, wenn die Voraussetzungen der Feststellungsklage nach § 256 ZPO. vorliegen. Aber schon die drohende kurze Verjährung nach § 8 HaftpflG. begründet, wie die Entsch. des RG. (**23** 346) anerkannt hat, das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung. Auch das ökonomische Interesse, zu wissen, woran man in Ansehung eines Rechtsverhältnisses ist, um sein Verhalten danach einzurichten, ist ein rechtliches Interesse im Sinne des Gesetzes (RG. **35** 392).

3. Ebenso: RG. GruchotsBeitr. **49** 657. Unter das rechtliche Interesse im Sinne des § 256 fällt jedes Interesse, welches sich in irgendeiner Weise auf die Rechtsverhältnisse der die Feststellungsklage erhebenden Partei bezieht. Schon das ökonomische Interesse, zu wissen, woran man in Ansehung eines bestimmten Rechtsverhältnisses ist, um hiernach sein Verhalten einzurichten, kann als „rechtlich" im Sinne der bezeichneten Vorschrift in Betracht kommen.

4. Desgleichen. SächsA. **15** 234, EisenbE. **22** 20 (Dresden). Zur Begründung der Feststellungsklage genügt auch ein bloß wirtschaftliches Interesse des Klägers, indem es für ihn mit Rücksicht auf die Sicherheit seiner Zukunft

oder die Wahl eines anderen Berufs von großer Wichtigkeit ist, schon jetzt zu wissen, ob die Beklagte ihm auch wegen des Schadens, der ihm erst in der Zukunft infolge des Unfalls entstehen könnte, zum Schadensersatze verbunden ist.

5. EisenbE. **21** 253, PucheltsZ. **04** 711 (Colmar). Ein durch einen Eisenbahnunfall an seiner Gesundheit dauernd geschädigter Beamter kann selbst dann, wenn er zur Zeit noch sein volles Gehalt bezieht, mit Rücksicht auf die ihm beim Eintritte der Folgen des Unfalls drohende Pensionierung auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Betriebsunternehmers klagen.

6. **RG.** JW. **05** 498. Nach § 256 ZPO. können Gegenstand der Feststellungsklage auch nur bedingt oder betagt bestehende Rechtsverhältnisse sein, so die Verpflichtung zum Ersatz eines erst zu erwartenden Schadens. Die Berufsgenossenschaft, auf welche der Anspruch des beim Eisenbahnunfall Verletzten von Gesetzes wegen übergegangen ist und zwar durch Vermittelung des Verletzten im Zeitpunkte der Entstehung des Anspruchs des letzteren (vgl. o. Bem. II 7 zu §§ 3, 3a), kann daher Feststellungsklage gegen den Eisenbahnunternehmer erheben, auch wenn sie irgendwelche Entschädigung auf Grund des GewUVG. noch nicht geleistet hat. Das rechtliche Interesse ist schon durch die drohende Verjährung gegeben, weil nach § 8 HaftpflG. der Anspruch in zwei Jahren, vom Tage des Unfalls, verjährt. Vgl. auch o. Bem. 1 zu § 8.

Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes

vom 27. Mai 1896.

Vorbemerkung: Eine mehr legislatorische als dogmatische Arbeit ist die von Leonhard, welche bereits 1903 erschienen ist (vgl. Vorbem. zum Gesetze JDR. 2), von welcher der Verfasser aber erst zum Berichtsjahre einen Selbstbericht eingesandt hat. Außer dieser Arbeit sind allgemeinere Arbeiten zum Wettbewerbsgesetze nicht erschienen. Zu einzelnen Fragen sind dagegen vor allem von Fuld und Marcus, auch von Finger eine Reihe von Aufsätzen erschienen, welche im Anschluß an die Rechsprechung und Erfahrung des täglichen Lebens die Auslegung des Gesetzes beträchtlich gefördert haben. Die Rechtsprechung umfaßt auch im Berichtsjahre wiederum den bei weitem größten Teil des Materials.

Literatur: Leonhard, Der unlautere Wettbewerb und seine Bekämpfung. Wien 1903. — Eine Besprechung und Übersicht über die Literatur gibt Paul Schmid, GewRschutz **05** 53. — Einzelne Schriften sind an den betreffenden Stellen erwähnt.

§ 1. I. Allgemeines. 1. **a)** **RG.** JW. **05** 237 (vgl. u. § 16). § 826 BGB. ist als generalis clausula neben den durch Spezialgesetz geregelten Fällen des unlauteren Wettbewerbes in Geltung. Er gilt in diesem Umfange für jeden Ausländer, auch für die Zeit vor dem 1. 5. 03. Vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. I 1. — **b)** **RG.** SeuffA. **60** 328 ff., 331 f. schon JDR. **3** § 1 I Ziff. 1b (§ 826 u. d. UnlWG.).

2. LG. Straubing, UnlW. **4** 49 (mitgeteilt von Ungewitter). Bloße Marktschreiereien, Übertreibungen in der lobenden Beurteilung der eigenen Waren, fallen nicht unter das Gesetz. S. u. § 1 Ziff. IV B 4, JDR. **3** § 1 Ziff. I 2.

3. HessRspr. **6** 97 (Darmstadt). Die Bezeichnung „gewerbliches Unternehmen" in den §§ 1 und 8 ist nicht im Sinne der Gewerbeordnung zu nehmen, sondern in demjenigen des täglichen Lebens und des allgemeinen Sprachgebrauchs. Unterrichtsanstalten, deren Aufgabe es ist, den Schülern in verhältnismäßig kurzer Zeit die technische Fähigkeit des Sprechens und Schreibens beizubringen, fallen auch unter die gewerbl. Unternehmen i. S. UnlWG. (Berlitz school). Vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. I 5.

4. **RG.** R. **05** 139, UnlW. **4** 48. Wenn jemand einem auf Grund des § 1 UnlWG. erlassenen Verbote zuwider Mitteilungen gleichzeitig an mehrere Kunden versendet, so liegt gleichwohl nur eine Verletzung des Verbots vor. Eine für den Fall der Zuwiderhandlung angedrohte Strafe kann daher nur einmal und nicht so oft ausgesprochen werden, als die Anzahl der Kunden beträgt, an welche die Versendung erfolgte.

5. Verhältnis des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes zum BGB. Vgl. IDR. **3** § 1 Ziff. I Nr. 4; **4** § 823 Ziff. 9v, § 826 Ziff. 9.

6. *Leonhard versucht in seiner Abhandlung über den „unlauteren Wettbewerb und seine Bekämpfung" zunächst den Begriff des unlauteren Wettbewerbes festzustellen, seine Erscheinungsformen systematisch zu gliedern und einzeln zu beschreiben. Auf Grund der so gewonnenen Erkenntnis des Wesens des unlauteren Wettbewerbes soll der zu seiner Bekämpfung gangbare Weg gezeigt werden. Hierbei wird insbesondere auf die Verhältnisse in Österreich Rücksicht genommen, wo dermalen ein Gesetzentwurf zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vorliegt; die kritische Würdigung dieses Entwurfes bildet die dritte Aufgabe des Werkchens, das überdies auch dazu bestimmt ist, diejenigen Juristenkreise, welche dem Probleme der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes noch nicht näher getreten sind, über die diesbezüglich in Betracht kommenden rechtlichen Fragen zu orientieren; deshalb wurden sowohl das deutsche Gesetz wider unlauteren Wettbewerb, als auch die in Österreich bereits vorhandenen, der Bekämpfung desselben dienenden Rechtsnormen dargestellt.

7. De lege ferenda. **a)** Fröhlich, DJZ. **05** 937. § 826 BGB. reicht zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes nicht aus. Es bedarf einer allgemeineren Klausel. Vgl. dort auch über Reklamewesen, Ausverkäufe u. a. — **b)** Vgl. Handelskammer Lübeck, UnlW. **4** 41, Rauter, UnlW. **4** 50, Lubzynski, UnlW. **4** 69 (Gutachten für die Niederländische Regierung).

II. Antragsberechtigte. Vgl. IDR. **3** § 1 Ziff. II. 1. **RG.** (Straff.) GoltdA. **52** 82. Ein bayerischer ärztlicher Bezirksverein ist ein i. S. des § 1 antragsberechtigter Verband.

2. Zum Antragsrecht gewerblicher Verbände Kaufmann, UnlW. **4** 45. Mitteilung einer Entscheidung des OLG. Naumburg.

3. LG. I Berlin hat nach einer Mitteilung UnlW. **4** 76 den im § 1 bezeichneten Verbänden das Recht abgesprochen, Maßnahmen gegen unlautere Handlungen durch Anträge beim Registerrichter zu treffen.

4. BraunschwZ. **05** 126 (Braunschweig) s. schon IDR. **3** § 1 Ziff. II 5.

III. 1. OLG. **11** 427, HansGZ. **05** Hptbl. 119 (Hamburg). Ein an einen einzelnen Empfänger gerichteter Brief gilt nicht als eine für einen größeren Kreis von Personen bestimmte Mitteilung. Auch der gedruckte Briefkopf ist es nicht. Er könnte als Mitteilung für einen größeren Kreis von Personen benutzt werden, wenn der Brief irgendwie ausgestellt würde oder in einem größeren Kreise von Personen umliefe.

2. OLG. **11** 427 (Hamburg). Ein Brautausstattungskatalog, welcher vom Beklagten an alle Brautpaare oder deren Angehörige gesandt wird, deren Verlobung in der Zeitung angekündigt ist, ist eine Mitteilung, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt ist.

3. Marcus, UnlW. **4** 78. Etikettenangaben sind als öffentliche Bekanntmachung i. S. des § 1 anzusehen. Vgl. **RG. 58** 136, 281.

IV. Unrichtige Angaben tatsächlicher Art. Vgl. IDR. **3** § 1 Ziff. IV.

A. Allgemeines. 1. a) HansGZ. **05** Hptbl. 67 (Hamburg). Für die Beurteilung, ob eine Angabe tatsächlicher Art i. S. des § 1 unzulässig ist, ist nur der Eindruck maßgebend, welchen ein verständiger Leser, nicht etwa derjenige, den ein unverständiger Leser von dem Inhalte der Mitteilung empfängt. — **b)** **RG.** UnlW. **5** 17. Bei der Beurteilung, ob und welche Behauptungen tatsächlicher Art nach § 6 vorliegen, kommt es nicht darauf an, was der Behauptende sagen wollte, sondern wie die Behauptungen von den beteiligten Verkehrskreisen zu verstehen sind. — **c)** DJZ. **05** 416 (Oldenburg). Vgl. u. Ziff. V 2. — **d)** Ansicht des Publikums.

2. **RG.** (Strafs.) UnlW. **5** 27. Ein Urteil ist eine Behauptung tatsächlicher Art, wenn in seiner Form, nicht lediglich die subjektive Auffassung über die Beschaffenheit einer Ware oder gewerblichen Leistung zum Ausdruck gelangt, sondern wenn darin die Behauptung einer in der Vergangenheit in die Erscheinung getretenen und Gegenstand der Wahrnehmung gewordenen Begebenheit oder eines noch wahrnehmbaren Zustandes liegt. In beiden Fällen läßt sich die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Behaupteten objektiv feststellen. Ausdrücke wie „Maschinen seien minderwertig, taugten nichts“ u. a. sind als Behauptungen tatsächlicher Art anzusehen. — **RG.** SeuffA. **60** 401 (vgl. auch u. § 6 Ziff. 4 b α). Urteile als Behauptungen tatsächlicher Art.

B. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben angenommen ist. Vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. IV B. — 1. v. Bönigk, UnlW. **4** 85, erörtert die Frage, ob das auf den Geschäftspapieren einer Firma angegebene Gründungsjahr, wenn es unrichtig sei, unter § 1 des Ges. falle. Verf. kommt an der Hand mehrerer Entscheidungen des RG. zur Bejahung der Frage.

2. **RG.** UnlW. **4** 29. Angaben über den Kakaogehalt bei Anpreisungen von Hafer-Nähr-Kakao, daß „Qualität I zum Preise von 1 M. das Pfund fast $^2/_3$ Kakao, Qualität II zum Preise von 80 Pf. das Pfund ca. $^1/_2$ Kakao“ enthalte, sind tatsächliche Angaben über Beschaffenheit und Herstellung der Ware.

3. **RG.** (Strafs.) UnlW. **5** 27. Behauptungen, Maschinen seien minderwertig, taugen nichts u. a. als Behauptungen tatsächlicher Art s. o. Ziff. IV A 2.

4. LG. Straubing, UnlW. **4** 49 (mitgeteilt von Ungewitter). Als Marktschreierei wird es anzusehen sein, wenn der Anzeigende hinweist auf: unerreicht billige Preise, Riesenlager, schönstes Farbensortiment, wie kein zweites Geschäft. Dagegen ist es schon zweifelhaft, ob es noch unter Marktschreierei fällt, wenn der Anzeigende behauptet, er habe das größte und billigste Geschäft des bayerischen Waldes.

5. BayObLG. (Strafs.) **3** 271 (mitgeteilt von Ungewitter, UnlW. **4** 67). Wer 2 Jahre nach Aufgabe seines Kolonialwarengeschäfts folgende Annonce veröffentlicht „Aus meinem früheren Kolonialwarengeschäfte habe ich noch ca. 10 Ztr. edlere Sorten rohen Kaffee auf Lager. Um damit zu räumen, verkaufe ich denselben unter Ladenpreis in Partien von 5 und 10 Pfd. à 75 Pf., ganz feine Sorten à 1 M. Wirklicher Gelegenheitskauf für jedermann“ verstößt gegen § 4 des Ges., wenn er nur 690 Pfd. Kaffee aus seinem Geschäfte hat. In der Anzeige sind unwahre Angaben tatsächlicher Art enthalten a) über die Beschaffenheit der Ware darin, daß der Angeklagte in seiner Anzeige edlere Sorten Kaffee anbot, obwohl er wußte, daß wenigstens ein Teil des angebotenen Kaffees, nämlich der nachträglich bezogene, ganz geringe Qualität sei; b) über die Bezugsquelle der Ware darin, daß der Angekl. den später bezogenen Kaffee als aus seinem früheren Geschäfte herrührend bezeichnete; c) über den Anlaß des Verkaufes.

6. a) RG. JW. 05 58, UnlW. 4 40. Fabrik und Fabrikpreise. Im Sinne der GewO. bildet die Fabrik den Gegensatz zum handwerksmäßigen Betrieb. Unter Umständen kann eine Vertragsauslegung den Begriff einer Fabrik als gleichbedeutend mit einem Großbetriebe nehmen. Im Bereiche des § 1 UnlWG. kommt es jedoch lediglich darauf an, im Vergleiche zu welch anderem Betriebe der Bekl., indem er sein Geschäft als Fabrik bezeichnete, den Anschein eines besonders günstigen Angebots in den Augen des Publikums hervorrufen wollte. Die Literatur hebt auch hervor, daß der Ausdruck „Fabrik", „Fabrikant", „Fabrikat" benutzt sein könne, um den Anschein zu erwecken, es handele sich nicht um aufgekaufte, fertig bezogene Artikel, sondern um selbst hergestellte. — Einen allgemeinen gültigen Begriff einer Fabrik i. S. des UnlWG. hat das RG. nicht aufgestellt, vielmehr in der Entscheidung JW. 99 239 abgelehnt, im Hinblick auf den geschäftlichen Sprachgebrauch eine solche Begriffsbestimmung, die allgemeine Gültigkeit besäße, zu geben. — b) BayRpflZ. 05 180 (München). Die Bezeichnung „Arbeitskleiderfabrik" verstößt gegen § 1 d. Ges., wenn nur 10 bis 12 Arbeiterinnen beschäftigt werden.

7. RG. (Straff.) JW. 05 247 (JDR. 3 § 1 Ziff. IVB4a). Die Angabe des angeblichen „reellen" Wertes mit der seltsamen unabgerundeten Zahl 4 M. 95 Pf. ist geeignet, im Publikum den irrigen Glauben zu erwecken, daß der reelle Wert mit bis ins einzelne gehender Genauigkeit auf Heller und Pfennig ausgerechnet sei, und bei dieser Auffassung der Bedeutung jener Worte lag in der Ankündigung mehr als eine rein individuelle willkürliche Schätzung, oder auch als eine marktschreierische allgemeine Anempfehlung der Ware als preiswürdig ohne tatsächlichen Gehalt, die schon als solche nicht geeignet erscheinen müßte, im Publikum für wahr gehalten zu werden. Die Ankündigung entbehrte vielmehr nicht des greifbaren, für das Publikum erkennbaren und von diesem an der Hand bekannter oder zu ermittelnder Tatsachen auf seine Richtigkeit nachprüfbaren Inhalts, weshalb der vorliegende Fall sich wesentlich von demjenigen unterscheidet, der dem Urteile des RG. JW. 03 147 zugrunde lag.

8. Kurpfuscherei (JDR. 3 § 1 Ziff. IV B 9). a) Finger, UnlW. 4 33, bespricht eine Reihe von Entscheidungen, welche vom Reichsgesundheitsamte herausgegeben werden und sich mit der Frage der Kurpfuscherei unter Anwendung des UnlWG. befassen. Hervorzuheben sind folgende: α. Schöffengericht Zittau und LG. Bautzen. Die Ankündigung eines Naturheilkundigen in einer Zeitung btr. Dr. Stickes Eiweiß-Kräuterkognak-Emulsion-Tuberkeltod als Heilmittel gegen Schwindsucht verstößt gegen § 4 UnlWG. Die Angabe, Schwindsucht sei heilbar, ist eine Angabe tatsächlicher Art über die Beschaffenheit der Ware, sie ist unwahr, da es kein Heilmittel gegen Schwindsucht gibt, irreführend, weil Leute glauben können, die Ware besitze diese Eigenschaft. — β. RG. 4. 6. 01. Ein Naturheilkundiger inserierte in Zeitungen die Behauptung sicherer Erkennung und Beseitigung bestimmter Erkrankungen. Es erfolgte Freisprechung, weil nur ein Urteil über die Leistungen ohne Tatsachen der Leistungsfähigkeit vorliegt. — γ. RG. 2. 1. 03. Die Anpreisung eines Heilkünstlers „Mein Heilverfahren setzt mich in den Stand, jedem Kranken zuzurufen: Verzweifle nicht, ich heile", ist zulässig, weil Heilungen vorgekommen sein können. Aber unzulässig ist: „Meine Kur ist verblüffend einfach, billig, schnell und sicher". Vgl. KG. v. 16. 2. 03. — δ. RG. 10. 2. 03. Die Anpreisung sicherer Heilung näher bezeichneter Krankheiten ist unlauterer Wettbewerb, da der Anpreisende weiß, daß er die Fähigkeit, welche er sich beilegt, nicht besitzt und sich den Anschein eines besonders erfolgreichen ärztlichen Ratgebers gibt. — ε. KG. 23. 6. 02, 26. 3. 03, LG. I 3. 12. 03. Im allgemeinen sind bloße Anpreisungen der Leistungsfähigkeit eines Heilkundigen keine Angaben tatsächlicher Art. Dies ändert sich jedoch, wenn er durch Hervor-

hebung **bestimmter** Krankheiten und der Sicherheit des Erfolges die Tatsache behauptet, daß er imstande sei, bei diesen Krankheiten durch seine Methode eine sichere Heilung zu erzielen und diese Wirkung in jedem Falle zu gewährleisten. Vgl. hierüber weitere zahlreiche Urteile bei Finger 34. — ζ. KG. v. 19. 2. 03. Die Behauptung, ein Heilverfahren sei der sicherste Weg zur Heilung aller Krankheiten, ist nach §§ 1, 4 verboten. — η. KG. v. 2. 6. 04. Strafbar sind folgende unwahre Annoncen: „Wissenschaftliche Diagnose absolut sicher. Zwei Assistenten ordinieren in zwei Kurinstituten, beide sind akademisch gebildet und durch langjährige Praxis so gereift wie die tüchtigsten Ärzte. Lupus, Krebs, Blindheit, Schwindsucht geheilt". — ϑ. LG. Breslau 21. 10. 02. Die Anpreisung, jeden Stotterer heilen zu können, verstößt gegen § 1. — ι. **RG**. 5. 2. 03. Unlautere Reklame ist die Anpreisung eines Apothekers: „Briefliche Behandlung diskreter bestimmter Leiden mit gleichem Erfolge".

b) LG. I Berlin, UnlW. 4 60. UnlWettbew. liegt in einer Annonce, daß es jemand gelungen sei, „starkes Rückenmarkleiden vollständig zu beseitigen, selbst in solchen Fällen, die fast als unheilbar schienen".

9. Zeitungsgewerbe (JDR. 3 § 1 Ziff. IV B 10). LG. Freiberg, UnlW. 4 60. In der Bezeichnung „Amtliche Bekanntmachungen" in einer Zeitung, die nicht offizielles Organ der Behörden ist, kann ein Verstoß gegen § 1 erblickt werden. Abdruck amtlicher Bekanntmachungen in nicht auffälliger Schrift an nicht hervorragender Stelle oder durch die Aufnahme eines geeigneten Vermerks (etwa „dem Amtsblatte entnommen") ist gestattet, wenn kenntlich gemacht wird, daß es sich beim Abdrucke nicht um eine von den Behörden unmittelbar übertragene Veröffentlichung handelt.

10. *Fuld, UnlW. 4 94. Unterlassungsklagen gegen Zeitungen. Bei Anzeigen, welche zu einer Verfolgung nach § 1 Anlaß geben, kann die Unterlassungsklage gegen die für den Inseratenteil verantwortlichen Personen erhoben werden, gleichviel ob denselben die Unrichtigkeit der in dem Inserat enthaltenen tatsächlichen Behauptungen bekannt war oder nicht. Auch Verleger, Drucker, Vertreter und Vertreiber können in Anspruch genommen werden. Der als Voraussetzung für die Klage zu betrachtende Vorsatz ist auf seiten des Redakteurs, der über die Aufnahme eines Inserats entscheidet, stets vorhanden, ebenso auf seiten des Verlegers, wenn dieser die auf den Inseratenteil bezüglichen Sachen bearbeitet.

11. Theater und Unlauterer Wettbewerb. Fuld, UnlW. 4 89 (s. unten § 8 Ziff. 3 b), erörtert die Frage, ob das Wettbewerbsgesetz auf die theatralischen Leistungen Anwendung findet. Er bejaht die Frage, indem er davon ausgeht, daß das RG. den Begriff gewerbliche Leistungen in weitergehendem Sinne aufgefaßt hat, indem es unter demselben jede wirtschaftlich abzuschätzende Leistung, auch wenn sie einer geistigen Tätigkeit entspringt, versteht. Wenn die literarische Tätigkeit, welcher eine Leistung entspringt, kein Hindernis gegen ihre Qualifikation als gewerbliche bildet, so kann auch die künstlerische, aus welcher dieselbe hervorgeht, dieser Qualifikation nicht entgegenstehen, ebensowenig allerdings auch die wissenschaftliche, eine Unterscheidung zwischen der einen und der anderen wäre unberechtigt. Von dem Standpunkt, welchen die Praxis festhält, muß daher als gewerbliche Leistung jede des Erwerbes wegen betätigte bezeichnet werden, gleichviel ob sie eine wissenschaftliche oder künstlerische Vorbildung oder Ausbildung erfordert oder durch die Regeln der Wissenschaft oder Kunst beeinflußt wird. Auszuschließen wären sonach nur diejenigen rein künstlerischen und rein wissenschaftlichen Leistungen, wo die Tätigkeit der Wissenschaft und Kunst nicht nur das Mittel, sondern auch den Zweck bildet, und zwar nicht nur den Hauptzweck, sondern auch den alleinigen Zweck. Daß diese Rechtsübung auch eine erhebliche

Erweiterung der traditionellen Auffassung des Begriffs der gewerblichen Leistungen enthält, ist unzweifelhaft. Wird nun dieselbe angewendet, so ergeben sich mancherlei Fälle, in denen der Schutz des Wettbewerbsgesetzes für Bühnen in Anspruch genommen werden kann. Unwahre Angaben, die unter §§ 1 und 4 fallen, sind beispielsweise in der Ankündigung zu erblicken, daß ein Stück zum hundertsten Male gegeben werde, während die Zahl der wirklich erfolgten Aufführungen hinter dieser Ziffer zurückbleibt, ferner dann, wenn angekündigt wird, es trete ein Künstler oder eine Künstlerin von großem Rufe auf, während dies nicht der Fall. Zweifel, die allerdings nicht gerichtlich ausgetragen wurden, haben sich darüber ergeben, ob § 1 anzuwenden ist, wenn eine Person aufgetreten ist, welche denselben Namen führt, wie der bekannte Künstler, an den bei der Nennung des Namens jeder denkt, der aber nicht mit jener identisch ist. Die Frage ist für die Regel zu bejahen. Ebenso verhält es sich mit der Ankündigung einer neuen Ausstattung, die nicht vorhanden, und mit der Bezeichnung eines Stückes als Novität, das in Wirklichkeit nur in neuer Bearbeitung gegeben wird.

12. **a)** Fuld, UnlW. **4** 50, teilt eine Entscheidung des KG. mit, nach welcher jemand angekündigt hatte: „Seltener Gelegenheitskauf; einen großen Posten echten Mercier-Kognak der Firma Mercier-Laroche u. Co. habe ich billig erstanden. Ich versende diesen anerkannt vorzüglichen Kognak mit Originalfüllung zu 17,50 M. pro Kiste, Inhalt 12 Flaschen". KG. hat verurteilt. Wenn auch jede einzelne der in der Bekanntmachung enthaltenen Angaben für sich betrachtet nach der vom Bekl. abgegebenen Erklärungen den tatsächlichen Verhältnissen entspricht so war der von dem Bekl. angegebene Sinn der Ankündigung für alle Fernerstehenden, die mit den betreffenden Verhältnissen nicht vertraut sind, nicht erkennbar. Sie konnten die Bekanntmachung in ihrem Zusammenhange nur so verstehen, daß von dem Bekl. echter französischer Kognak einer französischen Kognakfirma in der Originalfüllung, wie er aus Frankreich eingeführt war, angeboten wurde. Da in der Bekanntmachung der Sitz der Firma und der Herstellungsort des Kognaks nicht angegeben war, konnte aus dem französischen Namen der Firma in Verbindung mit dem Aufdruck „Originalfüllung" nur der Schluß gezogen werden, daß es sich um einen aus Frankreich eingeführten echten Kognak einer ausschließlich in Frankreich ansässigen Firma handele. Es handelte sich aber in Wahrheit um einen in Deutschland hergestellten Kognak. Will man auch mit dem Bekl. annehmen, daß die Firma Mercier, Laroche u. Co. neben ihrem Sitze in Berlin auch in Frankreich eine wirkliche Niederlassung hat, so ist doch der von dem Bekl. angebotene Kognak in Deutschland hergestellt. Vgl. UnlW. **4** 66. Über die Kognak-Frage und den unlauteren Wettbewerb vgl. Schepeler, UnlW. **4** 31.

b) **RG.** JW. **05** 174, SächsA. **15** 209. Die Behauptung des beklagten Verbandes, daß der von der Klägerin für ihren Kognak gewählte Zusatz „Nur Originalfüllung" unrichtig sei, enthält eine Angabe tatsächlicher Art.

C. Fälle, in denen das Vorhandensein unrichtiger Angaben nicht angenommen ist. Vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. IV c. — 1. **RG.** UnlW. **4** 96. Mitteilung eines Falles, in welchem ein Verstoß gegen das UnlWG. nicht angenommen wurde.

2. **RG.** BadRpr. **05** 197. Verwendung hoher Ziffern zur Bezeichnung von Transportwagen; s. schon JDR. **3** § 1 Ziff. IV C 1.

3. **a)** **RG.** (Strafs.) JW. **05** 352. In dem Ausdrucke Hamburger Importhaus liegt nicht notwendig das schlüssige Berufen auf eine unmittelbare Geschäftsverbindung mit Hamburg, vielmehr nur die stillschweigende Behauptung, daß das Geschäft einer Hamburger Importfirma auf irgendeine Weise die eigentliche, letzte Bezugsquelle bilde. In der genannten Bezeichnung ist eine un-

wahre Angabe über die Art des Bezugs und der Bezugsquelle nicht enthalten. — **b**) LG. Ulm (mitgeteilt UnlW. **4** 93) hatte in der unwahren Bezeichnung von Zigarren als „Havanna-Ausschuß, 100 Stück 2,50 M.“ keinen Verstoß gegen das UnlWG. gesehen. Dagegen Lubszynski, UnlW. **4** 93 f.

4. OLG. **11** 426 (Hamburg). Beklagter zeigte auf Reklamekarten an: „Sämtliche an Kinderwagen vorkommende Reparaturen, Veränderungen, Auffrischen ꝛc., Einzelteile ꝛc. werden in meinen großen Lackier-, Sattler-, Korbmacher- und Schlosserwerkstätten prompt und fachgemäß gemacht“. Das OLG. hat hierin einen Verstoß gegen das UnlWG. nicht erblickt, weil das Kinderwagen kaufende Publikum beim Lesen dieser Reklame trotz der etwas stark aufgetragenen Farbe kein Riesenetablissement voraussetzt, sondern bei Beurteilung der Wahrheit oder Unwahrheit der hierin liegenden tatsächlichen Angaben lediglich darauf sieht, ob Beklagter die an Kinderwagen vorkommenden Reparaturen wirklich in seinem Geschäft ausführen könne und ausführe.

5. **RG.** UnlW. **4** 74. Der Erwerber der seit langen Jahren bestehenden Exportabteilung eines Geschäfts verstößt nicht gegen § 1, wenn er sich in einer Anzeige des weiterbetriebenen Exportgeschäfts „langjährige Geschäftsverbindungen nach allen überseeischen Plätzen“ zuschreibt. Er verstößt aber gegen das Ges., wenn er in einer solchen Anzeige sich frühere Firmenzusätze des Geschäfts und diesem nicht für die Exportabteilung verliehene Medaillen zuschreibt, sowie die nicht miterworbenen Fabrikgebäude abbildet.

6. HansGZ. **05** Hptbl. 205 ff., 208 (Hamburg). Wenn auf Zigarren mit Papierstreifen (sog. Leibbinden), die in einer Gast- oder Schankwirtschaft mittels der dort aufgestellten Automaten verkauft werden, die Worte „Henry Clay, Habana“ angebracht sind, so ist dies nur geschehen, um dem Geschmacke und der Gewöhnung des Publikums an Nachbildungen der Ausstattungen von Importzigarren entgegenzukommen. Das OLG. nimmt an, daß die Absicht ferngelegen habe, der Klägerin Konkurrenz zu machen.

7. LG. Straubing, UnlW. **4** 49 (mitgeteilt von Ungewitter). Die Angabe täglich Neuheiten ist i. S. des § 1 als unrichtige Angabe zu erachten, wenn nur einige Male wöchentlich Neuheiten eingehen.

D. Einzelne Ausdrücke (JDR. **3** § 1 Ziff. IV D). — 1. **RG.** UnlW. **4** 79. Der Vermerk „gesetzlich geschützt“ als Verstoß gegen das UnlWG.

2. Fuld, UnlW. **4** 53. Wer sich „diplomierter Ingenieur“ nennt, ohne diese Bezeichnung auf Grund eines bei einer staatlichen Anstalt erwirkten Abgangs- und Fähigkeitszeugnisses zu führen, verstößt gegen das UnlWG.

3. OLG. **11** 425 (Dresden). Die Bezeichnung Ballettmeister wird zwar nicht als Titel verliehen und die Fähigkeit zur Bekleidung der ihr entsprechenden Stellung nicht durch Prüfungen unter öffentlicher Autorität erworben. Daraus läßt sich aber nicht das Recht für jedermann, der die Befähigung hat oder zu haben glaubt, Aufführungen mimischer Schau- und Kunsttänze zu veranstalten, herleiten, sich im gewerblichen Leben als Ballettmeister zu bezeichnen. Denn diese Bezeichnung kommt nach der maßgebenden Auffassung der beteiligten Verkehrskreise nur einer Person zu, die eine dieser Bezeichnung entsprechende Stellung innehat. Der Beklagte als Tanzlehrer dürfte sich diese Bezeichnung nicht beilegen. Abw. OLG. Hamburg, JDR. **2** § 1 Ziff. IV D5.

4. OLG. **11** 425 (Hamburg). Begriff des künstlichen und des natürlichen Mineralwassers.

V. Anschein eines besonders günstigen Angebots. Vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. V. — SeuffA. **60** 281 (Kassel). Ob das auf Grund unrichtiger Angaben gemachte Angebot im Verhältnis zu den gewöhnlichen Preisen tatsächlich günstig ist, kommt nicht in Betracht; denn die Vorschrift des Gesetzes will nicht

nur das Publikum schützen, sondern auch den Geschäftsmann gegen die Nachteile schützen, die ihm von Gewerksgenossen im Wettbewerbe um die Kundschaft durch Anwendung unlauterer Reklamemittel zugefügt werden können.

2. DJZ. 05 416 (Oldenburg). Eine Firma hatte in einer Zeitung unter ihrer Firma mit dem Zusatze „Großschlachterei" ff. Nagelholz per Pfund M. 1,10 feilgeboten, das vom Auslande bezogen war, während inländisches Nagelholz M. 1,40 bis M. 1,60 das Pfund kostete. Die hier in Rede stehende öffentliche Bekanntmachung fällt unter § 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Der Zusatz „Großschlachterei" ist geeignet, in einem größeren Personenkreise den irrigen Glauben zu erwecken, das angebotene Nagelholz stamme aus der eigenen Schlachterei des Beklagten. Durch das Verschweigen der richtigen Tatsache, daß das Nagelholz aus dem Auslande bezogen sei, wird das Publikum irregeführt. Die Täuschung, die durch Unterdrückung wahrer Tatsachen hervorgerufen wird, ist im Sinne des Gesetzes der Täuschung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen wenigstens dann gleichzuachten, wenn eine an sich wahre Tatsache durch den Zusammenhang, in den sie gebracht wird, den Charakter einer unrichtigen Tatsache annimmt, wie das hier der Fall ist, da die Beklagte unter Hervorhebung ihrer Eigenschaft als Schlachter Nagelholz ankündigt, das sie nicht in dieser ihrer Eigenschaft hergestellt hat, und besonders billig verkauft, vielmehr zum Zwecke der Weiterveräußerung als ausländisches aufgekauft hat. In der Bekanntmachung ist der Anschein eines besonders günstigen Angebots enthalten.

3. **RG.** JW. **05** 507, DJZ. **05** 961. Die Auslegung von Waren in den Schaufenstern unter Ankündigung billigerer Preise, als sie beim Verkaufe tatsächlich in Rechnung gestellt werden, verstößt gegen § 826 BGB. und § 1 Unl. WG. Dieser Grundsatz gilt gleichmäßig für alle Gewerbetreibenden, und der Händler, der mit Partie- oder Ramschwaren handelt, macht hiervon keine Ausnahme. Dieser darf Partiewaren zu außergewöhnlich billigen Preisen nicht unterschiedslos neben anderen Waren auslegen, für welche die üblichen Preise gefordert werden. In den Fällen, in denen ein Händler nicht offenkundig ausschließlich mit Partiewaren handelt, ist es durch die Rücksicht auf die Mitbewerber und nach den Grundsätzen redlichen Geschäftsverkehrs geboten, bei den Auslagen im Schaufenster in irgendeiner Form bestimmt erkennbar zu machen, daß die bei den Partiewaren angekündigten Preise als Ausnahmepreise zu verstehen sind.

4. **UnlW. 4** 97 (KG.) (s. JDR. **4** BGB. § 826 Ziff. 12 r β). Wer in einem Prospekte anzeigt: „Was wir Ihnen bieten! In der Eröffnungswoche (solange der Vorrat reicht)" . . . folgen Waren, u. a. auch ein Bitterlikör, der unter dem allgemeinen Verkaufspreise angeboten wird, ist nicht gezwungen, den Artikel auf Erfordern auch in größeren Mengen an das Publikum abzugeben.

VI. Zu den einzelnen Fällen des Abs. 1 (JDR. **3** § 1 Ziff. VI).

1. Geschäftliche Verhältnisse (Beispiele s. o. Ziff. IV B u. C.).

2. Beschaffenheitsbezeichnung (JDR. **2** § 1 Ziff. VI 2).

3. Preisbemessung (Beispiele o. Ziff. IV B).

4. Bezugsquelle (s. u. Ziff. 5, o. Ziff. IV C 2).

5. Herkunftsbezeichnung (Abs. 3) (JDR. **3** § 1 Ziff. VI 5).

a) HansGZ. **05** Hptbl. 261, UnlW. **5** 18 (Hamburg) (vgl. JDR. **3** § 1 Ziff. VI 5 a). Wenn auch die Bezeichnung „Pilsener Bier" unter Umständen als Gattungsname dienen kann, so hat sie doch in der Auffassung der Biertrinker die Bedeutung der Herkunftsbezeichnung nicht verloren; es wird vielmehr in diesen Kreisen vielfach, ja regelmäßig, unter „Pilsener Bier" ohne weiteren Zusatz ein in Pilsen gebrautes Bier verstanden. In der Benennung „Pilsener Bier-

haus" ist die Ankündigung zu finden, daß hier Pilsener Bier verschänkt werde. Die an dem Lokale neben der Aufschrift an den Fenstern angebrachten Worte „Pilsener Großpriesener Urquell" sind nach ihrem Inhalt und nach ihrer Anordnung nicht geeignet, bei einem unerfahrenen Publikum und oberflächlicher Bekanntmachung kenntlich zu machen, daß das hier als „Pilsener" bezeichnete Bier nicht aus Pilsen stamme.

b) Fuld, UnlW. **4** 37. Die Bezeichnung „Nordhäuser" für Branntwein ist nicht als Herkunftsbezeichnung zu erachten; als echter Nordhäuser darf aber nur solcher bezeichnet werden, welcher in Nordhausen und zwar aus Korn hergestellt wird. Der in Nordhausen wohnende Fabrikant unterliegt der Verfolgung, der zwar seinen als „echt" bezeichneten und verkauften Branntwein in Nordhausen selbst herstellt, aber nicht aus Korn, sondern aus Surrogaten, ganz gleich viel, welchen Wert diese Surrogate besitzen.

c) Fuld, UnlW. **4** 64. Die Bezeichnung Tokayer für einen Ungarwein ist Herkunftsbezeichnung.

6. Auszeichnungen (IDR. **3** § 1 Ziff. VI 6).

7. Anlaß des Verkaufs (IDR. **3** § 1 Ziff. VI 7).

a) **RG.** IW. **05** f. schon IDR. **3** § 1 Ziff. VI 7a (**RG.** [Straff.] **37** 359), **RG.** (Straff.) DIZ. **05** 172, HessRspr. **6** 52.

b) **RG.** (Straff.) GewRschutz **05** 128. Neuanschaffungen von Waren im Werte von M. 16 973,55 während 7 Monaten keine geringfügige Nachschiebungen. RG. tritt der Auffassung des Angeklagten entgegen, daß die Frage, ob (zulässige) Nachschiebungen in geringem Umfange vorlägen, nur nach deren Verhältnis zur Größe des zum Verkaufe gestellten, bereits vorhandenen Warenlagers beurteilt werden könne. RG. führt aus: an sich steht jedes Zumverkaufbringen neu angeschaffter Waren mit der Ankündigung eines Ausverkaufs zur Räumung des vorhandenen Lagers als der Wahrheit nicht entsprechend im Widerspruch. Die Ankündigung eines Ausverkaufs enthält also streng genommen in jedem Falle eine unwahre Angabe tatsächlicher Art über Anlaß und Zweck des Verkaufs, wenn neubeschaffte Waren nachgeschoben werden. Wenn gleichwohl das **RG.** (Straff. **30** 256) in einem Falle von Nachschiebungen in geringem Umfange § 4 UnlWG. nicht angewendet hat, so berechtigt das nicht zu dem Schlusse, daß jeder Kaufmann im Verlauf eines Ausverkaufs, um diesen zu fördern, je nach der Größe des zu räumenden Lagers Waren in geringer oder beträchtlicher Menge als Ersatz bereits abgesetzter Artikel nachbeziehen und diese unter dem Deckmantel des angekündigten Ausverkaufs mit den Beständen des alten Lagers und gleich solchen absetzen dürfe. Der § 4 bezweckt in erster Linie den Schutz des redlichen Mitbewerbers gegen die Nachteile, die ihm durch die unlautere Reklame von Gewerbsgenossen zugefügt werden können (**RG.** **35** 235, IDR. **2** § 1 Ziff. VI 7). Es liegt auf der Hand, daß dieser Schaden um so empfindlicher, je größer die Menge der auf dem unlauteren Wege abgesetzten Waren eines Geschäftskonkurrenten ist. In dem Maße, in welchem das Kaufbedürfnis des Publikums durch letztere Befriedigung gefunden, in dem Maße geht der Absatz des redlichen Mitbewerbers zurück. Für seinen Schaden ist aber in diesem Falle ohne jede Bedeutung, in welchem Verhältnis der durch die Schwindelreklame von den Konkurrenten erzielte Nutzen zu dessen sonstigem Ertrage des Ausverkaufs steht.

c) SeuffA. **60** 281 (Kassel). Bekl. hatte außer anderen Anzeigen auch folgendes Plakat veröffentlicht: „Ausverkauf aus der R.schen Konkursmasse und andere Waren". Die Worte „Ausverkauf" und „R.sche Konkursmasse" waren fett und groß gedruckt, die übrigen Worte sind in kleinen Buchstaben dargestellt. Der Unterlassungsklage ist stattgegeben. Es verstößt nicht jeder gegen das Unl. WG., der den Ausverkauf einer Konkursmasse anzeigt, ohne Konkursverwalter

oder eine von diesem beauftragte Persönlichkeit zu sein. Eine derartige Ankündigung ist vielmehr zulässig, wenn sie keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß der Anzeigende Waren verkaufe, die er selbst aus einem Konkurslagerbestande erworben habe. Dies trifft bei den vorliegenden Ankündigungen nicht zu. Als tatsächlicher Inhalt solcher Veröffentlichungen ist das anzusehen, was das lesende Durchschnittspublikum herausliest. Nach vorliegendem Sachverhalt wird das Publikum den Eindruck gewinnen, der Konkursverwalter oder eine von ihm beauftragte Person veranstaltet den Ausverkauf einer Konkursmasse. In dieser Annahme wird es noch durch den Umstand bestärkt, daß die Ankündigungen keine Unterschrift haben und daß der immerhin ungewöhnliche Zusatz gemacht ist: „geöffnet von 8 Uhr früh bis 8 Uhr abends".

d) α. **RG.** GewRschutz **05** 125. Der Nachbezug von Waren ist nicht unter allen Umständen mit einem reellen Ausverkauf unverträglich. — BayObLG. **4** 137 (mitgeteilt v. Ungewitter, UnlW. **4** 68) Nachschiebung von Waren. — β. **RG.** (Straff.) GewRschutz **05** 128. Neuanschaffungen von Waren im Werte von M. 23 000 im Laufe von $4^1/_2$ Monaten können nicht als geringfügige Nachschiebungen angesehen werden. — γ. **RG.** (Straff.) GewRschutz **05** 126 f. schon JDR. **3** § 1 Ziff. VI 7.

e) SchöffG. Kiel, UnlW. **4** 84, erblickt in der Ankündigung „Konkursmassen-Ausverkauf" keinen Verstoß gegen das UnlWG., wenngleich die Angekl. das Lager von dem Konkursverwalter gekauft hat. Vgl. auch oben Ziff. 7 c.

f) Ungewitter, UnlW. **4** 41, teilt eine Entscheidung des LG. Straubing mit. Danach ist in der Anzeige „Große Versteigerung des vorhandenen großen Lagers" ein Verstoß gegen § 1 des UnlWG. angesehen worden, da diese Anzeige lediglich zu dem Zwecke erfolgt ist, einen größeren Kundenkreis anzulocken, während eine Versteigerung in Wahrheit nicht beabsichtigt war.

g) GewRschutz **05** 104 ff. Mitteilung der Reichstagsverhandlungen über Ausverkaufsschwindel usw.

VII. Unterlassungsanspruch (JDR. **3** § 1 Ziff. VII). — 1. Marcus, UnlW. **4** 46. Die Ansprüche auf Unterlassung des Wettbewerbsgesetzes sind unmittelbare Leistungsansprüche, nicht wie die im BGB. erwähnten (z. B. §§ 12, 1004) Sicherungsansprüche. Sie sind, wie im Gegensatze zu Pinner, Komm. 47 Nr. 2 betont wird, selbständige, nur subjektiv begrenzte. Vgl. weiteres über die Unterlassungsansprüche das. —

2. **RG.** UnlW. **4** 56. Das Verbot, sich „erste und einzige Fabrik auf diesem Gebiete" zu nennen, kann das Verbot enthalten, sich „erste Fabrik" und das Verbot, sich „einzige Fabrik" zu benennen.

VIII. Warenzeichengesetz und unlauterer Wettbewerb. — 1. **RG.** (Straff.) GewRschutz **05** 243. Das Warenzeichengesetz enthält zwar auch einen Schutz des Publikums gegen Täuschung, will aber in erster Linie die Hersteller der Ware gegen unredlichen Wettbewerb schützen. Hierfür kommt es lediglich darauf an, ob Verwechselungsgefahr tatsächlich besteht.

2. Finger, UnlW. **4** 87. Unlauterer Wettbewerb kann auch durch Warenzeichen begangen werden. Er teilt eine Entscheidung des Patentamts mit. Vgl. UnlW. **3** 73 f., 105 f., JDR. **3**.

IX. Wert des Streitgegenstandes bei Klagen auf Grund des UnlWG. — *Fuld, UnlW. **4** 83. Die Ansicht des RG., daß bei Unterlassungsklagen der Wert des Streitgegenstandes im allgemeinen dem Vorteile gleichkommt, den zu ziehen der Beklagte durch die Unterlassung verhindert wird, ist nicht einwandfrei; immerhin läßt sich aber auch auf dem Boden dieser Auffassung eine höhere Bewertung erreichen, als sie zumeist angenommen wird. Mit

Rücksicht auf die Erhöhung der Revisionssumme auf M. 2500 ist eine solche aber erforderlich.

§ 3. BayRpflZ. **05** 159 (Augsburg) über die Dauer der Zuständigkeit des Gerichts der Zweigniederlassung.

§ 4. 1. **RG.** GewRschutz **05** 128. § 4 erfordert nicht, daß der Anschein des besonders günstigen Angebots ein falscher gewesen sei (**RG.** [Straff.] 35 235).

2. **RG.** (Straff.) UnlW. **4** 92. Zum Tatbestande des unl. Wettbew. nach § 4 gehört kein Erfolg; es genügt die Absicht und die Anwendung einer Täuschung, die ihr entspricht und so mit ihr zusammenhängt, daß von einer Unterscheidung zwischen der Gedankenäußerung und dem „Mittel zur Begehung des Delikts" strafrechtlich nicht die Rede sein kann.

3. BraunschwZ. **05** 126 Nr. 27 (Braunschweig [Straff.]). Unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben tatsächlicher Art sind vorhanden, wenn jemand folgende Annonce veröffentlicht: 12 Stück Reichspostkarten à 2 Pfg. für 20 Pfg., 12 Stück Reichspostkarten à 5 Pfg. für 50 Pfg. Nur solange der Vorrat reicht", während die Karten auf der Rückseite eines vorderseits der Karten der Reichspost gleichenden, mit einer entsprechenden Marke bedruckten Kartons das Reklameschild einer Margarinefabrik enthielten.

4. DJZ. **05** 412 (KG.). Der Inhaber eines Möbelgeschäfts hatte Inserate veranlaßt, in denen das Publikum die Ankündigung einer Gelegenheit finden mußte, Möbel von einer Privatperson zu kaufen. In dieser Ankündigung sind „Angaben tatsächlicher Art über Anlaß und Zweck des Verkaufs" im Sinne des § 4 nicht erblickt worden. Damit meint das Gesetz die Bezeichnung eines konkreten Anlasses, eines bestimmten Zweckes, nicht aber eine Äußerung, die in der Phantasie des Lesers oder Hörers dahin gedeutet werden kann, daß irgendein „besonderer" Anlaß wohl vorliegen werde. Die einzige zur Irreführung geeignete Angabe tatsächlicher Art, die das Inserat nach der Auslegung des Berufungsrichters enthält, ist die, daß das Inserat nicht von einem Möbelhändler, sondern von einer Privatperson ausgehe. Diese Angabe betrifft aber nicht den Anlaß oder den Zweck des beabsichtigten Verkaufs, sondern den Stand des Verkaufslustigen und den geschäftlichen und rechtlichen Charakter des Verkaufs, insofern die Meinung erweckt werden kann, es handle sich um gelegentlichen Verkauf. Unwahre Angaben, welche sich auf diesem Gebiete bewegen, genügen zur Anwendung des § 4 nicht.

5. DJZ. **05** 367 (Köln). Die Angabe, daß bestimmte Eigenschaften einer Ware in einem gerichtlichen Verfahren durch Gutachten festgestellt worden seien, erscheint als eine bekräftigte Angabe tatsächlicher Art über die Beschaffenheit der Ware selbst im Sinne des § 4. Die Mitteilung anerkennender Urteile von Abnehmern und sonstigen Privaten dagegen kann nicht als eigene Sachangabe des Anpreisenden von Eigenschaften seiner Ware angesehen werden, sondern ist lediglich eine (nicht unter § 4 fallende) Wiedergabe von persönlichen Meinungsäußerungen Dritter.

6. **RG.** HessRspr. **5** 165. Dem Angeklagten war das Warenlager des Gemeinschuldners, für dessen Zwangsvergleich er die Bürgschaft übernommen hatte, zum Zwecke der Befriedigung für die aus der Bürgschaft zu leistenden Zahlungen überlassen worden. Er durfte das Lager aus seinen Warenbeständen ergänzen. Die Waren des Gemeinschuldners betrugen 4600, die eigenen 19 800 M.. Der Angeklagte kündigte an: „nach stattgehabtem Zwangsvergleiche und Ergänzung des seitherigen Konkurslagers M. werden nachfolgende Waren . . . nur noch kurze Zeit zu enorm billigen Preisen verkauft". In den Worten „Ergänzung eines Lagers" ist Andeutung des Verhältnisses der neu ihm zugeführten Waren zu dessen anfänglichem Bestande zu erblicken.

7. Hoschke, Ztschr. „Der Manufakturist" **27** Nr. 33 (mitgeteilt v. Schmid, GewRschutz **05** 56), wendet sich gegen ein freisprechendes Erkenntnis des LG. Stendal. Das LG. hatte in der Annonce: „Konfirmandenanzüge aus nur ausprobiert guten Qualitäten von 9 M. an. Die Zutaten und Ausstattung unserer Anzüge sind die besten, die Bearbeitung ist einer guten Maßfabrik völlig gleich" nur prahlerische Übertreibungen gesehen, an deren Wahrheit kein Konsument glaube.

8. LG. Kempten, UnlW. **4** 92. In nachstehender Aufschrift auf einem Geschäftsschild ist kein Verstoß gegen § 4 gesehen worden: Medizinal-Drogerie von „K. A., k. Oberapotheker a. D."

§ 6. 1. Allgemeines. — **RG. 60** 189, JW. **05** 237. Die Bestimmung des § 6 will unwahre tatsächliche Angaben, die geeignet sind, das Publikum irrezuführen und den davon betroffenen Konkurrenten Schaden zuzufügen, verhindern. Sie trifft daher nicht nur solche unehrliche Manipulationen, die sich als ausdrückliche Behauptungen darstellen, sondern auch solche, die in einem Handeln bestehen, das nach Lage des einzelnen Falles im Hinblick auf die Auffassung des in Betracht kommenden Publikums als eine Willensäußerung behauptende Art sich darstellt.

2. Erwerbsgeschäft. PucheltsZ. **05** 582 (Colmar). § 6 UnlWG. setzt zu seiner Anwendung nicht voraus, daß das Erwerbsgeschäft, über welches nicht erweislich wahre Behauptungen schädigender Art aufgestellt oder verbreitet werden, mit Namen oder sonstiger persönlicher Bezeichnung genannt werde. Es genügt, daß die der Klage zugrunde gelegten Angaben unzweifelhaft erkennen lassen, welche Geschäfte gemeint sind.

3. Marcus, UnlW. **5** 16. Daß der Persönlichkeitsschutz gegen Verletzungen im § 6 UnlWG. gegenüber dem Tatbestande des § 824 BGB. gewährleistet sein soll, kann keinem Zweifel unterliegen. Liegt unter den sonstigen Voraussetzungen der Tatbestand des § 6 in Gestalt der üblen Nachrede über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts vor, so stellt sich das Delikt als eine gegen die Person gerichtete unerlaubte Handlung dar; für die Ansprüche des Verletzten kommt § 842 BGB. in Betracht. — Vgl. dazu ObLG. (München [Straff.]) (mitgeteilt von Ungewitter, UnlW. **4** 68). Unwahre Behauptungen (Krankheit) über die Person des Inhabers eines Geschäfts.

4. Behauptungen tatsächlicher Art. Vgl. im allgemeinen § 1 Ziff. IV. — **a**) Einzelne Fälle. — α. **RG.** R. **05** 257, UnlW. **4** 65. Die Behauptung, jemand verletze durch Herstellung seiner Fabrikate das Patent eines anderen, ist, sofern sich die Frage, ob dieselbe richtig ist, jederzeit durch Vergleichung der Fabrikate feststellen läßt, tatsächlicher Art, so daß, wenn dieselbe nicht erweislich wahr ist und zu Zwecken des Wettbewerbes erfolgt, sowie geeignet erscheint, den Betrieb des Geschäfts des ersteren zu schädigen, die Voraussetzungen des § 6 UnlWG. gegeben sind. Demgegenüber kann mit Erfolg nicht geltend gemacht werden, daß dieselbe, als zum Schutze des Patentrechts, im Interesse berechtigter Interessen erfolgt sei und daher § 6 Abs. 2 zutreffe. Das Verbreiten im Sinne von § 6 a. a. O. erfordert nicht die Mitteilung an einen größeren Personenkreis. Vgl. JDR. **2** § 6 Ziff. 2. — β. OLG. **11** 428 (Hamburg). Abweichend von **RG.** JW. **01** 658 (JDR. **2** § 6 Ziff. 3 a ζ) war die Äußerung, die Klägerin habe durch die Fabrikation der konkreten Apparate die Patente der X.schen Gesellschaft verletzt, als Behauptung tatsächlicher Art anzusehen. Sie stellt die Verletzung der Patente als etwas Geschehenes, etwas Vorhandenes, also als eine Tatsache hin, wie es z. B. auch der Fall ist, wenn der Ware jemandes nachgesagt wird, daß sie verdorben oder mit sonstigen ungünstigen Eigenschaften behaftet sei (**RG.** [Straff.] **31** 67). Daß zur Erkennung der Patenverletzung Sachkenntnis und Urteilskraft ge-

hören, ändert an der Tatsächlichkeit des Behaupteten nichts. Die Feststellung, ob die behauptete Verletzung eines bestimmten Patents wirklich vorliegt, ist nicht Sache subjektiven Ermessens. Vielmehr ist die Patentverletzung objektiv feststellbar, wenn dazu auch mehr oder weniger schwierige technische und rechtliche Erwägungen erforderlich sein mögen. — γ. OLG. **11** 427 (Dresden). Behauptungen tatsächlicher Art liegen vor, wenn Beklagte an einen Dritten schreibt, sie könne über das geschäftliche Gebaren der Klägerin verbürgte, durch Staatsanwaltschaft und sonstige Behörden festgestellte interessante Mitteilungen in die Kundschaft gelangen lassen. Diese Behauptungen sind geeignet, den Betrieb der Klägerin zu schädigen. — δ. WürttJ. **17** 184 (Stuttgart). Die Behauptung, daß von den für die Wasserleitung in G. bezogenen Waren die bei der Klägerin gekauften die schlechtesten seien, ist keine Behauptung tatsächlicher Art i. S. des § 6 Abs. 1. Es handelt sich hier nur um ein Urteil ganz allgemeiner Art, welches der Angabe irgendwelcher tatsächlicher Grundlage ermangelt. — ε. **RG.** JW. **05** 542. Die Milchzentrale, die mit den vereinigten Milchhändlern im Kampfe lag, hatte ein Zirkular erlassen, in welchem es u. a. hieß: „Halbmilch, die in Berlin zu Vollmilchpreisen verkauft wird, führen wir nicht". Hierin kann eine Angabe gesehen werden, daß im Berliner Milchhandel als Vollmilch zu Vollmilchpreisen verkaufte Milch der Regel nach in Wirklichkeit nicht Vollmilch sei. Kläger ist Mitglied der Milchhändler. Über seine Aktivlegitimation vgl. 543 a. a. O. — ζ. LG. I Berlin, UnlW. **4** 28. Unlauterer Wettbewerb durch Behauptung, ein Konkurrent dürfe sich einer Warenbezeichnung nicht bedienen.

b) Urteile als Behauptungen tatsächlicher Art. Vgl. § 1 Ziff. IV A 2. — α. **RG.** SeuffA. **60** 401. Ein Urteil, wodurch den Waren oder Leistungen eines anderen bestimmte schlechte Eigenschaften nachgesagt werden, kann in seiner Gesamtheit als eine Behauptung tatsächlicher Art aufgefaßt werden. Nur solche Behauptungen fallen nicht unter § 6, welche schon ihrer Fassung nach als rein persönliche, subjektive Äußerungen ohne jegliche tatsächliche Begründung, insbesondere als der Ausdruck einer bloßen Kritik oder bloßen Vermutung sich darstellen und deren tatsächliche Richtigkeit oder Unrichtigkeit daher auch nicht objektiv festgestellt werden kann. — β. **RG.** R. **05** 535. Ein Urteil als solches, wenn es in keiner Weise tatsächlich begründet ist, ist keine unwahre Behauptung tatsächlicher Art, wohl aber dann, wenn in seiner Form nicht lediglich die subjektive Auffassung über die Beschaffenheit einer Ware oder gewerblichen Leistung zum Ausdrucke gelangt, sondern wenn darin die Behauptung einer in der Vergangenheit in die Erscheinung getretenen und Gegenstand der Wahrnehmung gewordenen Begebenheit oder eines noch wahrnehmbaren Zustandes liegt. In beiden Fällen läßt sich die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Behaupteten objektiv feststellen.

5. **a) RG. 60** 189, JW. **05** 237. Ein Handeln „zu Zwecken des Wettbewerbes" liegt vor, wenn jemand eine Ware (vorliegend einen Schnaps „Bergalter") unter einem Namen verkauft, der einem anderen für eine gleichartige, unter diesem Namen bei dem Publikum bekannte und beliebte Ware zeichenrechtlich geschützt ist.

b) OLG. **11** 429 (Hamm). Der § 6 kombiniert in Hinsicht des geschützten Rechtsguts die strafrechtlichen Tatbestände des § 7 und des § 187 StGB. und normiert einheitlich den aus einem Verstoße gegen eines der beiden Strafgesetze sich ergebenden Zivilrechtsanspruch für den speziellen Fall, daß die strafbare Tätigkeit zu Zwecken des Wettbewerbes erfolgt. Bei der Prüfung, welche Bedeutung diesem letzteren Ausdrucke beizulegen ist, ist nicht bloß dessen Wortfassung, sondern auch Zweck und Absicht des Gesetzes ins Auge zu fassen. Der Regelfall im wirtschaftlichen Kampfe ist der, daß der eine Konkurrent gegen den

anderen mit ihm dienlichen, dem anderen hinderlichen Behauptungen oder Veranstaltungen hervortritt. Ausgeschlossen ist indes nicht, daß ein außerhalb der Konkurrenz stehender Dritter in dem Kampfe der Konkurrenten tätig wird. Unter den § 6 wird diese Tätigkeit aber nur dann fallen, wenn sie darauf abzielt, den einen Konkurrenten vor dem anderen zu begünstigen (**RG.** [Str.] **32** 29) und nicht, wenn diese Absicht fehlt und die Tätigkeit des Dritten auch nicht den einen vor dem anderen in Vorteil setzt. Im vorliegenden Falle hatte der Beklagte in dem Anzeigenteil eines Kalenders die Reklamen sowohl des F. als des Th., eines Konkurrenten des F., abdrucken lassen. Beide Reklamen warnen vor Fälschungen, unbefugten Nachahmungen. Die Klage des F. ist abgewiesen. Der Beklagte handelt in solchem Falle nach den vorstehenden Ausführungen nicht zum Zwecke des Wettbewerbes.

c) **RG.** UnlW. **4** 30. Der Herausgeber einer Druckschrift, welcher diese dem Kläger und dem Beklagten (wie auch Dritten) für ihre Ankündigungen zur Verfügung stellt, greift nicht in den Wettbewerb ein, handelt somit nicht zu Zwecken des Wettbewerbes.

d) HansGZ. **05** Hptbl. 213 ff., 215 (Hamburg). Die verletzende Äußerung braucht nicht im Interesse eines eigenen Geschäftsbetriebs gemacht zu sein. Es reicht auch die Förderung des Geschäftsbetriebs eines Dritten aus und es braucht nicht einmal der Geschäftsbetrieb eines oder mehrerer bestimmter einzelner zu sein. Auch eine zur Förderung der Geschäftsbetriebe einer ganzen Gruppe von Gewerbetreibenden getane Äußerung geschieht „zum Zwecke des Wettbewerbes" i. S. des G. Aber wollte man darüber noch hinausgehen und eine Äußerung, bei welcher der Mitteilende überhaupt nicht mehr eine bestimmte Gruppe von Geschäftsleuten im Auge hat, die er vielmehr zur Abwehr im Interesse der breitesten Allgemeinheit des gewerblichen Lebens macht, noch unter § 6 begreifen, so würde das vom Gesetze vorsorglich aufgestellte Tatbestandsmoment, daß Zwecke des Wettbewerbes den Täter getrieben haben sollen, doch allzusehr verflüchtigt.

e) SchlHolstAnz. **05** 17 (Kiel). Behauptungen in Flugblättern, welch letztere bei einem Arbeiterstreik von den Arbeitern herausgegeben werden und die Aufforderung enthalten, bei dem Arbeitgeber nicht zu kaufen, sondern bei anderer Firma, können nicht als „zu Zwecken des Wettbewerbes" aufgestellt erscheinen. Vgl. zu dieser Entsch. auch IDR. **4** § 823 Abs. 1 Ziff. 8eγ, § 826 Ziff. 8a BGB.

f) OLG. **11** 430 (Karlsruhe). Auch die Ausübung eines Stadtverordnetenmandats kann dazu benutzt werden, zu Zwecken des Wettbewerbes durch Behauptung unwahrer Tatsachen einen Konkurrenten aus dem Felde zu schlagen. Vgl. auch u. Ziff. 7c.

6. HansGZ. **05** Hptbl. 213 ff., 215 (Hamburg). Beweislast vgl. IDR. **4** zu § 824 BGB.

7. Abs. 2 (IDR. **3** § 6 Ziff. 6).

a) OLG. **11** 427 (Dresden). Nach § 6 Abs. 2 kommt es nur darauf an, ob, objektiv betrachtet, die Beklagte ein berechtigtes Interesse an der Mitteilung hatte, nicht, ob sie ein solches mit Recht annehmen durfte (Pinner 98).

b) OLG. **11** 428 (Hamburg) (s. o. Ziff. 4aβ). Die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses an der Mitteilung kann nicht aus dem Zwecke des Wettbewerbes allein hergeleitet werden (vgl. IDR. **3** § 6 Ziff. 6b). Es muß also ein sonstiges berechtigtes Interesse an der Mitteilung vorliegen, das nach billiger verständiger Beurteilung der Sachlage als solches anzuerkennen ist. — Auch die Wahrnehmung fremder Interessen fällt unter den Begriff des berechtigten Interesses, wenn sie von dem Standpunkte billiger Beurteilung der Sachlage aus als

gerechtfertigt erscheint. Das ist aber bei demjenigen anzunehmen, der infolge seines Berufs zur Wahrung des fremden Interesses legitimiert ist.

c) OLG. **11** 430 (Karlsruhe) (s. o. Ziff. 5f). Der § 6 Abs. 1 versagt stets, wenn der Mitteilende an der Mitteilung ein rechtliches Interesse irgendeiner Art hat (JW. **01** 124, BadRpr. **01** 20, 158, JDR. **2** § 6 Ziff. 10a), also auch das, in seiner Eigenschaft als Mitglied der Gemeindevertretung für die Bewahrung der Gemeinde vor unrentablen Geschäftsabschlüssen zu warnen.

d) UnlW. 5 81 (Augsburg). Die Einrede des berechtigten Interesses kann auch gegenüber der Unterlassungsklage vorgeschützt werden.

§ 7. BayObLG., mitgeteilt von Ungewitter, UnlW. **4** 68. Zwei Fälle von unwahren Behauptungen über die Geschäftskenntnisse Gewerbetreibender und die Herkunft von Waren.

§ 8. 1. Schutz des Namens. Vgl. JDR. **3** § 8 Ziff. 1. Vgl. SeuffA. **60** 305 (Kassel). — Übertragung und Überlassung von Namen im geschäftlichen Verkehre, Finger, UnlW. **5** 1, s. JDR. **4** § 12 BGB. — DJZ. **05** 173 (KG.). Unter dem Schutze des § 8 steht auch das Pseudonym.

2. a) Schutz der Firma, JDR. **3** § 8 Ziff. 2. Marcus, UnlW. **5** 26. § 8 UnlWG. ergänzt § 37 HGB. dadurch, daß § 8 selbst bei befugtem Firmengebrauch eingreift, wenn solcher zu Zwecken des unlauteren Wettbewerbes geübt wird.

b) α. **RG.** JW. **05** 410, PucheltsZ. **05** 338. § 8 richtet sich gegen die mißbräuchliche Art der Benutzung einer Firma auch dann, wenn diese Firma ohne Verletzung des Gesetzes eingetragen ist und an sich befugt geführt wird. Aber nach Satz 2 des § 8 kann in diesem Falle immer nur die Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung, grundsätzlich nicht die Löschung der Firma beansprucht werden. Auch die Löschung kann verlangt werden, wenn ohne die Löschung die mißbräuchliche Art der Benutzung nicht verhindert werden kann, ohne die Löschung der Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Art der Benutzung keinen Inhalt hat. Mit der Ausführung, daß die Löschung das wirksamste Mittel der Unterlassung des Gebrauchs der Firma sei, kann die Verurteilung zur Löschung nicht begründet werden. — β. LG. u. OLG. Colmar, UnlW. **5** 27. Die mißbräuchliche Art der Benutzung einer an sich dem Gesetz entsprechenden Firma gibt dem in seinem Rechte Verletzten keine Klage auf Löschung der Firma gemäß § 37 Abs. 2 HGB., dahingegen einen Anspruch auf Unterlassung der mißbräuchlichen Benutzung auf Grund des § 8 UnlWG.

c) BadRpr. **05** 266 (Karlsruhe). Die JDR. **3** § 8 Ziff. 2d abgedruckte Entscheidung ist vom RG. aufgehoben und der Klage stattgegeben worden. Auf Grund neuer Zeugenaussagen ist nach den Umständen des Falles ein Verstoß gegen § 8 UnlWG. in dem Verhalten der Beklagten erblickt worden.

3. Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts (JDR. **3** § 8 Ziff. 3).

a) **RG.** UnlW. **4** 54 s. schon JDR. **3** § 8 Ziff. 3cα.

b) Fuld, UnlW. **4** 89f. (vgl. o. § 1 Ziff. IV B 12). Auch die Bezeichnung eines Theaters kann unter Umständen gegen Nachahmung durch § 8 geschützt sein. Als Fürstliches, Herzogliches, Königliches usw. Theater dürfen sich nur solche Bühnen bezeichnen, die in dem Eigentume des betreffenden Landesherrn stehen.

c) **RG.** UnlW. **4** 90. Eine entfernte Möglichkeit der Verwechselung genügt nicht für die Anwendbarkeit des § 8.

d) HessRspr. 6 86 (Darmstadt). Verwechselungsgefahr liegt vor, wenn in der Nähe einer Bierwirtschaft „Zum Heilig-Geist" eine Weinwirtschaft „Heilig-Geist-Eck" betrieben wird.

e) HansGZ. **05** Hptbl. 217 (Hamburg). Die Bezeichnung „Zum Treppchen" ist als eine besondere Bezeichnung der klägerischen Weingroßhandlung und

Weinstube anzusehen. Benennt der Beklagte seine Weinstube ebenso und zeigt auch eine Weingroßhandlung an, so ist eine Verwechselungsgefahr auch dann gegeben, wenn das klägerische Geschäft sich in Köln, das des Bekl. sich in Hamburg befindet.

f) RheinA. **05** I 65 (Köln). Der unbefugte Gebrauch der Firma Hotel Blinzler seitens des Beklagten verletzt nicht das Recht des Klägers auf Führung der Firma Hotel Robert Hüttenrauch vorm. Blinzler. In jenem Gebrauche liegt auch kein unlauterer Wettbewerb gegen den Inhaber der letztgenannten Firma.

g) **RG.** UnlW. **4** 39. Fall, in welchem eine Verwechselungsgefahr nicht als vorhanden angenommen wurde.

4. **RG.** JW. **05** 701. Der Unterlassungsanspruch aus § 8 und § 15 WarenZG. ist gerichtet auf Nichtfortsetzung einer rechtswidrigen Handlungsweise. Verboten kann nur werden, was bereits verübt gewesen ist. Es ist daher nicht zulässig, durch die Bezeichnung „ähnlich" im voraus allgemein noch gar nicht näher bestimmte Verfahrensarten zu untersagen.

5. Verhältnis zum WarenZG. vgl. **RG.** JW. **05** 701, 702 (Benutzung eines Freizeichens).

§ 9. 1. OLG. **11** 430 (Hamm). Als Geschäftsgeheimnisse sind in der Praxis angesehen: Jahresabschlüsse, Inventuren, Bilanzen, Listen über Kunden und Bezugsquellen, Vertreterverzeichnisse, Preislisten, Musterbogen, Kalkulationen, Kostenanschläge u. dgl. Unfraglich wird auch ein Vertrag, den ein Fabrikant mit seinem Abnehmer über eine Lieferung geschlossen hat, unter Umständen als ein Geschäftsgeheimnis zu gelten haben. Überall ist dafür zu erfordern, daß der Geschäftsinhaber ein geschäftliches Interesse daran hat, daß der Vorgang geheim gehalten werde (vorliegend verneint).

2. **RG.** (Straff.) SeuffBl. **05** 392, GoltdA. **52** 87. Unter den Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses fallen geschäftliche und technische Vorgänge, welche einem Geschäftsbetrieb eigentümlich und der Geheimhaltung bedürftig sind. Sammlungen von Mustern können als Gegenstände gelten, an deren Geheimhaltung ein geschäftliches Interesse des Unternehmers besteht. Daß sie bestimmt sind, den Geschäftskunden, also einem beschränkten Kreise beteiligter Personen, vorgelegt zu werden, schließt die Eigenschaft des Geheimnisses nicht aus.

3. **RG.** (Straff.) JW. **05** 352, GoltdA. **52** 241. Auch Submissionsofferten fallen unter den Begriff des Geschäftsgeheimnisses. Daß die Offerte zur Zeit ihrer unbefugten Mitteilung noch nicht bei der zuständigen Stelle eingereicht war, vermag an dieser Auffassung nichts zu ändern. Denn es begreift sich von selbst, daß der Geschäftsinhaber mindestens von dem Augenblick an, in welchem er den festen und bestimmten Entschluß gefaßt hatte, an der ausgeschriebenen Submission mit einer bereits fixierten Summe sich zu beteiligen, ein vorwiegend geschäftliches Interesse an der Geheimhaltung dieses Entschlusses hatte, um dadurch die von ihm befürchtete unbequeme und lästige Konkurrenz dritter Personen nach Tunlichkeit von sich fern zu halten.

4. **RG.** (Straff.) JW. **05** 548 (vgl. **RG.** [Straff.] SeuffBl. **05** 392, GoltdA. **52** 248). Verhältnis des § 9 UnlWG. zum § 242 StGB. Beide Vergehen können in realer Konkurrenz zueinander stehen. Die beiden Delikte unterscheiden sich, abgesehen von der Verschiedenheit der Begehungsform, vor allem durch die Verschiedenheit des Gegenstandes der Rechtsverletzung, sie richten sich gegen durchaus verschiedene Rechtsgüter. Der strafbare Inhalt des Vergehens i. S. des § 242 StGB. ist der Eingriff in das Eigentumsrecht eines anderen durch Wegnahme einer ihm gehörigen Sache in der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen; der des Vergehens gegen § 9 Abs. 2 UnlWG., der verwerfliche Eigen-

nutz durch Verwertung fremder Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse. Die unbefugte Verwertung eines solchen Geheimnisses, dessen Kenntnis durch den vom Täter verübten Diebstahl einer Sache erlangt wurde, zu Zwecken des Wettbewerbes, kann nicht als eine der Wegnahme der Sache nachfolgende Betätigung des Herrschaftswillens über diese selbst aufgefaßt werden. Der Umstand, daß der Diebstahl gerade zu dem Zwecke unternommen wurde, das durch die Wegnahme der Sache zu erlangende Geschäftsgeheimnis zum Zwecke des unlauteren Wettbewerbes zu verwerten, kann daran nichts ändern. Im übrigen sind die Wegnahme der Sache zum Zwecke der Erlangung der Kenntnis des Geschäftsgeheimnisses und die Verwertung des letzteren notwendig getrennte Handlungen.

5. OLG. **11** 430 (Hamm). Der § 9 Abs. 2 knüpft die Schadensersatzpflicht nicht schlechthin an den Mißbrauch der unbefugten Verwertung fremder Geschäftsgeheimnisse, sondern nur dann ist der Tatbestand des § 9 Abs. 2 gegeben, wenn schon die Art und Weise, wie der Bekl. zur Kenntnis des Geschäftsgeheimnisses gelangt ist, den guten Sitten zuwider ist (**RG.** [Straff.] **30** 251).

§ 11. 1. *Fuld, GewRschutz. **05** 213. Fortgesetzte Handlung auf individualrechtlichem Gebiete. Die zivilrechtliche Literatur und Praxis hat sich mit dem Begriffe der fortgesetzten Handlung bisher nur wenig befaßt; indessen muß derselbe auch für das Zivilrecht anerkannt werden, das deliktische Tun, das nur eine zivilrechtliche Bedeutung hat, kann ebenfalls sich durch die Einheitlichkeit der Entschlüsse und die Richtung auf dasselbe Rechtsgut bei mehrfacher Betätigung kennzeichnen. Eine besondere bedeutungsvolle Verwertung findet der Begriff der fortgesetzten Handlung auf dem Gebiete der Individualrechte; die Praxis hat von ihm bzw. dem WettbewG. schon wiederholt Gebrauch gemacht. Gerade hier ist aber die Entscheidung, ob Einheitshandlung oder Mehrheit von Handlungen vorliegt, eine schwierige; besonders ist es fraglich geworden, wie es sich mit der Versendung von Zirkularen, Preislisten verhält. Jede der zu verschiedenen Zeiten erfolgenden Versendungen bildet eine selbständigen Handlung; jedoch können auch die zeitlich auseinanderfallenden Handlungen, wenn sie dem einheitlichen Entschluß, eine Handlung in fortgesetzter Ausübung zu begehen, entspringen, eine Einheit bilden.

2. OLG. **11** 431 (Dresden). Der § 11 Abs. 1 erfordert nicht die Kenntnis des Berechtigten von dem vollen Umfang einer fortgesetzten Handlung oder auch nur deren Abschluß für den Beginn der Verjährung. Das Gegenteil ergibt sich aus der Gleichstellung der Ansprüche auf Unterlassung und auf Schadensersatz im § 11 Abs. 1 und aus der Erwägung, daß der Anspruch auf Unterlassung je früher, desto wirkungsvoller, also bereits seit der Kenntnis des Berechtigten vom Beginn oder von irgendeinem Teile der fortgesetzten Handlung und von der Person des Verpflichteten erhoben werden kann und deshalb auch erhoben werden soll. Diese Auslegung widerspricht nicht dem richtigen Satze (vgl. **RG.** **49** 21), daß jede wiederholte und selbständige Zuwiderhandlung (im Gegensatze zur fortgesetzten) einen neuen Anspruch erzeugt, der einer besonderen Verjährung unterliegt.

§ 13. OLG. **11** 432 (Dresden). Das Gericht kann das Recht zur Veröffentlichung erteilen, wenn der Tatbestand des § 1 gegeben ist. Weitere Voraussetzungen verlangt das Gesetz nicht. Ob das Gericht, falls die Voraussetzungen des § 1 vorliegen, auf Veröffentlichung erkennen will, untersteht lediglich seinem Ermessen. (Eine besondere Begründung für die Ausübung des Ermessens ist nicht erforderlich, vgl. **RG.** a. a. O. Anm. 1).

§ 16. **RG.** JW. **05** 237, DJZ. **05** 506, HansGZ. **05** Hptbl. 133 ff., UnlW. 4 72 (s. o. § 1 Ziff. I 1a). (Unter Aufrechterhaltung der Entscheidung des OLG. Hamburg JDR. **3** § 16 Ziff. 2.) Nach § 16 genießt der Ausländer, der

im Deutschen Reiche eine Hauptniederlassung hat, den gleichen Schutz wie der Inländer; dem Deutschen, der seine Hauptniederlassung im Ausland und keine Hauptniederlassung im Deutschen Reiche hat, ist dagegen der Schutz des Gesetzes versagt, und ein Ausländer endlich, der keine Hauptniederlassung im Deutschen Reiche hat, genießt den Schutz des Gesetzes nur, wenn der Staat, in dem er seine Hauptniederlassung hat, nach einer im RGBl. enthaltenen Bekanntmachung Gegenseitigkeit gewährleistet. Bisher ist keine Bekanntmachung im Sinne des § 16 UnlWG. ergangen, auch kein Staatsvertrag veröffentlicht, der eine solche Bekanntmachung ersetzt. Die Bekanntmachung vom 9. 4. 03, RGBl. **03** 147, daß Deutschland am 1. 5. 03 dem Unionsvertrage beigetreten sei, kann insbesondere nicht als Bekanntmachung im Sinne und mit der Wirkung von § 16 beurteilt werden. Durch Art. 10b der Brüsseler Zusatzakte wird die Auslegung nahegelegt, daß auch Angehörige der Verbandsstaaten den Schutz des WettbewG. nur dann genießen, wenn sie im Deutschen Reiche ihre Hauptniederlassung haben. Mit Recht wird aber dem Art. 10b die weitere Auslegung dahin gegeben, daß allen Angehörigen der Verbandsstaaten ohne weiteres der in den einzelnen Staaten bestehende Schutz gegen unlauteren Wettbewerb zuteil werden soll. Vgl. auch HansGZ. **05** Hptbl. 205 ff., 207 (Hamburg). — Vgl. dazu Wassermann, UnlW. **4** 63. Vgl. auch UnlW. **5** 29 f. (Colmar).

Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Vom 20. April 1892/20. Mai 1898.

Vorbemerkung: Der folgende Bericht bezieht sich auf die Jahre 1904 und 1905. Die Rechtsform der GmbH. hat sich in erstaunlichem Maße eingebürgert; daraus erklärt sich die ständige Zunahme der in dieses Gebiet fallenden oberstrichterlichen Entscheidungen.

Literatur: Merzbacher, GmbH. (2). München 1904. — Parisius u. Crüger, GmbG. (8). Berlin 1905. Guttentagsche Sammlung. — Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, Gesellschaften mbH., Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken und Notenbanken und Handelsgesellschaften überhaupt nach deutschem und österreichischem Handels-, Steuer-, Verwaltungs- und Strafrecht. München 1903. J. Schweitzer Verlag. — R. Siemens, GmbH. (Hilfs- und Auskunftsbuch für Kaufleute u. Laien). Leipzig ohne Jahreszahl. — Vgl. auch JDR. 2 (274). — Einzelheiten sind bei den betr. Paragraphen vermerkt.

§ 1. 1. OLG. **9** 371 ff., R. **05** 111, RheinARV. **22** 81 (KG.). GmbH. sind juristische Personen, und zwar Vereine im Sinne des BGB. Eine GmbH. als versteckte geistliche Gesellschaft ist in Preußen nach Art. 13 der Verfassung nichtig.

2. OLG. **11** 393, RJA. **6** 48, R. **05** 543 Nr. 2247, ZBlFG. **6** 297 (KG.). Da die Rechtsverhältnisse der GmbH. Handelssachen sind und als solche (Art. 2 EGHGB.), abgesehen von den Sondervorschriften des G. v. 20. 4. 92, grundsätzlich unter das BGB. fallen und Vereine im Sinne des letzteren sind, bezieht der Art. 84 EGHGB. sich auch auf die GmbH., und es ist unzulässig, Religionsgesellschaften ohne vorgängige gesetzliche Gewährung der Korporationsrechte gemäß Art. 13 PrVerfUrk. in der Form der GmbH. zu errichten.

3. **RG.** JW. **06** 71. Gegenstand des Unternehmens kann jeder erlaubte Zweck sein; die GmbH. ist durch das Gesetz in keiner Weise beschränkt, alle Arten von Geschäften zum Gegenstande ihres Betriebs zu machen.

4. OLG. **10** 240 (Hamburg). Zusammenschluß mehrerer Handelsgesellschaften zu einer GmbH. ist keine Fusion.

5. Im R. **04** 475 wird mitgeteilt: Die Bestimmung des § 15a GewO., daß Gewerbetreibende, die einen offenen Laden haben oder Gast- oder Schankwirtschaft betreiben, ihren Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen an der Außenseite oder am Eingange des Ladens oder der Wirtschaft in deutlich lesbarer Schrift anzubringen haben, findet keine Anwendung auf Firmenaufschriften an offenen Verkaufsstellen, deren Inhaber GmbH. sind.

6. Über die geplante Besteuerung der GmbH. s. Liebmann u. Hamm, DJZ. **05** 156 bzw. 248.

§ 2. 1. Parisius-Crüger (3) Anm. 2 (mit der herrschenden Ansicht — vgl. JDR. **2** Anm. 5 zu § 2): Ob andere als physische Personen Mitglieder einer GmbH. sein dürfen, ist nirgends erwähnt. Doch wird man annehmen müssen, daß Korporationen, Handelsgesellschaften, eingetragene Genossenschaften und Personenvereine als Gesellschafter an einer GmbH. sich beteiligen können.

2. **RG.** HoldheimsMSchr. **05** 20, BauersZ. **12** 86, R. **04** 170 Nr. 783, JW. **04** 563. Nicht nur gegenüber den Gläubigern oder dem Verwalter im Konkurse der Gesellschaft, sondern auch dieser selbst gegenüber ist die Anfechtung der Beitrittserklärung eines Gesellschafters (mag es sich hierbei um die Gründung oder die spätere Kapitalserhöhung handeln) aus dem Grunde, daß er durch einen Betrug der Gesellschaft oder ihrer Geschäftsführer zum Beitritt bestimmt worden sei, ausgeschlossen.

3. **RG.** HoldheimsMSchr. **05** 291, BauersZ. **13** 67. Auch der Vorvertrag zu einem Vertrag über die Errichtung einer GmbH. bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form.

4. OLG. **9** 263 (KG.). „Gesellschaftsvertrag" im Sinne der §§ 2, 3, 8, 10 ist nicht der Gründungsvertrag allein, sondern er und das Gesellschaftsstatut zusammengenommen.

5. OLG. **10** 245 (Hamburg). Der Vertrag über Errichtung einer GmbH. verpflichtet die Kontrahenten gegeneinander, diejenigen Handlungen vorzunehmen, welche erforderlich sind, um den nächsten Gesellschaftszweck, die Errichtung der GmbH., zu erreichen und die gewollte Gesellschaft erst zur rechtlichen Existenz zu bringen. Ein solcher Vertrag ist nach den allgemeinen Grundsätzen unbeschränkt anfechtbar.

§ 3. 1. Abs. 1 Ziff. 2. **RG.** JW. **06** 71. Die im Gesellschaftsvertrag einer GmbH. enthaltene Bestimmung, wonach als Gegenstand des Unternehmens schlechthin der Betrieb von Handelsgeschäften angegeben wird oder in welchem zwar einzelne Branchen kaufmännischer Tätigkeit ausdrücklich erwähnt sind, dann aber als Generalklausel auch der Betrieb von anderen kaufmännischen Geschäften vorgesehen ist, ist gesetzlich zulässig und gültig.

2. Abs. 2. **RG.** BauersZ. **12** 63, Holdheims MSchr. **04** 256. Die Funktion als Geschäftsführer einer GmbH. kann einem Gesellschafter nicht nur kraft Dienstvertrags, sondern auch als Gegenstand einer der im § 3 Abs. 2 bezeichneten besonderen gesellschaftlichen Verpflichtungen auferlegt werden.

§ 4. 1. Über die Bildung der Sachfirma der GmbH. bemerkt *Neumann-Magdeburg JustdRundsch. **04** 233: Die Sachfirma einer GmbH. muß von dem Gegenstande des Unternehmens „entlehnt" sein. Damit ist nicht vorgeschrieben, daß der Gegenstand des Unternehmens, wie ihn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, erschöpfend, in seinem vollen Umfange und in allen Einzelheiten in der Firma angegeben werden muß. Gefordert ist vielmehr nur, daß die Firma vor dem vertraglichen Gegenstande des Unternehmens hergenommen sein muß, so daß dieser, wenn auch nur in seinem nach Ansicht der Gesellschaft wichtigsten Punkte, aus der Firma ersichtlich ist (vgl. Beschl. des KG. v. 3. 10. 98, GenBl. **01** 76, und v. 2. 7. 00, SeuffA. **56** 8, Parisius-Crüger, GenG. (1903) 80, Staub,

HGB. I 123, Lehmann-Ring, HGB. I 80). Die Firma muß also erkennen lassen, welcher Art die Unternehmung, welchem Unternehmen die Gesellschaft gewidmet ist.

2. Falkmann, DJZ. **04** 685, hebt hervor, daß, wenn eine GmbH. eine Sachfirma führt, eine spätere Änderung des Gegenstandes des Unternehmens eine Firmenänderung bedingt.

3. **RG. 56** 189. Die Bestimmung des § 4 gestattet nicht die Wahl eines Firmenzusatzes, der sich als Fortführung einer fremden Firma außerhalb des durch die §§ 22, 23 HGB. abgesteckten Rahmens darstellt.

§ 5. Abs. 4. **RG.** BayerZ. **12** 186, JW. **05** 214, ZBlFG. **5** 802, R. **05** 347. Für die Frage, ob und welche Verbindlichkeiten eine GmbH. bei ihrer Gründung übernommen hat, ist allein der Gesellschaftsvertrag maßgebend. Anderweite Vereinbarungen der Gründer binden nur diese persönlich.

§ 7. **RG.** JW. **05** 765. Unter „Einzahlungen auf die Stammeinlagen" sind nicht nur Geldleistungen, sondern auch Sacheinlagen zu verstehen.

§ 8. Ziff. 4. Merzbacher Anm. 6 zu § 8. Der Registerrichter hat die Frage, ob das Unternehmen genehmigungspflichtig ist, nicht selbst zu entscheiden, sondern diese Entscheidung der Verwaltungsbehörde zu überlassen. So auch die herrschende Meinung.

§ 11. 1. **RG. 58** 55, BayerZ. **11** 278 und **12** 134. Vor der Eintragung ins Handelsregister besteht zwar noch keine GmbH., wohl aber die Vereinigung derjenigen Personen, die den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, also eine Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes. Wie diese Vereinigung die Verfassung der Gesellschaft im Vertrage ordnet, so kann sie darin, insoweit nicht zwingendes Recht entgegensteht, auch bestimmen, in welcher Weise und durch welche Organe in der Zeit bis zur Eintragung ins Handelsregister für die Gesellschaft gehandelt werden soll. Fehlen solche Bestimmungen, so können die Gesellschafter durch einstimmigen Beschluß die für die Entstehung der GmbH. notwendigen Anordnungen mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalte treffen, daß die hieraus sich ergebenden Rechte und Pflichten ohne weiteres für die GmbH. nach deren Eintragung ins Register wirksam werden sollen.

2. **RG.** JW. **05** 31, R. **05** 651. Vor der Eintragung der GmbH. in das Handelsregister können mit Rechtswirkung für die künftige Gesellschaft nur solche Rechtsgeschäfte geschlossen werden, deren Vornahme zur Entstehung der Gesellschaft erforderlich ist, nicht solche, die den künftigen Geschäftsbetrieb betreffen.

3. **RG.** BayerZ. **11** 278, R. **05** 48 Nr. 238. Die Beschlüsse der Gesellschafter für die GmbH. vor deren Eintragung sind gültig. Vgl. auch OLG. **10** 245 (Hamburg) (o. Ziff. 5 zu § 2).

4. Abs. 2. OLG. 9 265 (Colmar). Abs. 2 bezieht sich nur auf Rechtshandlungen, welche gegenüber Dritten namens der Gesellschaft vorgenommen sind.

5. R. **04** 455 Nr. 1936 (Colmar). Mündliche Nebenabreden zu dem Gesellschaftsvertrage, die in die Vertragsurkunde nicht aufgenommen sind, gelten als fallen gelassen, wenn nicht eine gegenteilige Annahme durch besondere Umstände gerechtfertigt wird.

§ 12. OLG. 8 258 (Colmar). Der Gerichtsschreiber ist zur Beglaubigung der zur Eintragung einer Zweigniederlassung beizufügenden Abschriften befugt.

§ 13. 1. **RG. 59** 59, JW. **04** 564. Die GmbH. ist im Gegensatze zur oHG. eine selbständige Rechtsperson, der die Gesellschafter als Dritte gegenüberstehen und bleibt dies auch im Stadium der Liquidation.

2. R. **05** 225, ZBlFG. **5** 805, BayerZ. **12** 279 (Dresden). Bei der Umwandlung einer oHG. in eine GmbH. bedarf es zur Umschreibung der Gesellschaftsgrundstücke auf die neue Gesellschaft der Auflassung.

3. BauersZ. **12** 132 (PrOVG.). Da die GmbH. ein von ihren Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist, geht die Verwendung einer Wage der Gesellschaft (Zuckerfabrik) im Geschäftsverkehre mit ihren (Rüben liefernden) Gesellschaftern über den inneren Betrieb der GmbH. hinaus. Die Wage unterliegt deshalb als eine im öffentlichen Verkehre stehende dem Aichungszwange.

4. BauersZ. **12** 255 (PrOVG.). Bei Berechnung der Umsatzsteuer bleibt derjenige Teil des dem Gesellschafter zum Sondereigentum überlassenen Objekts außer Betracht, der seiner Beteiligung entspricht.

§ 14. Vgl. Neukamp, Die Geschäftsanteile der GmbH., GoldschmidtsZ. **57** 1—48, eine umfassende Darstellung über Begriff und Wesen, Erwerb und Verlust eines Geschäftsanteils, der sich nach N. nicht als ein Forderungsrecht, sondern als ein Inbegriff von Rechten und Pflichten darstellt und ein aliquotes Beteiligungsverhältnis an der Gesellschaft bedeutet.

§ 15. 1. Rheinstein, R. **05** 366. Auch wenn ein Nicht-Gesellschafter („Dritter") Geschäftsanteile einer GmbH. verkauft, bedarf der Vertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Denn der Dritte, der ihm nicht gehörige Geschäftsanteile im eigenen Namen verkauft, muß dieselben regelmäßig selbst erst in förmlichem Vertrage von einem Gesellschafter erwerben, also selbst erst Gesellschafter werden, bevor er seiner Vertragspflicht genügen kann.

2. **RG.** **57** 60 ff., DNotV. **04** 439. Aus dem Zwecke des Gesetzes, durch die vorgeschriebene besondere Form der Abs. 3 u. 4 Satz 1 den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen zu erschweren und Zweifel und Unklarheiten über die Tatsache der Übertragung zu verhindern, ist zu folgern, daß jede Vereinbarung, welche auf Abtretung von Geschäftsanteilen gerichtet ist, solche zum Gegenstande hat, der besonderen Form bedarf, auch wenn sie dem Gesellschafter freie Hand läßt, abzutreten oder nicht abzutreten, nur den anderen Kontrahenten bindet.

3. **RG.** **58** 225, JW. **04** 451, R. **04** 503 Nr. 2111. Der Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, einen Geschäftsanteil an einer GmbH. zum Pfande zu bestellen, bedarf nicht der gerichtlichen oder notariellen Form. Die Anwendung des § 15 Abs. 4 auf Abkommen, welche eine Verpflichtung des Gesellschafters zur Verpfändung eines Geschäftsanteils begründen, widerspricht dem Wortlaut und Zwecke dieser Vorschrift, die verhindern soll, daß solche Geschäftsanteile zum Gegenstand des allgemeinen Handelsverkehrs gemacht werden. Das GmbHG. hat Bestimmungen über die Zulässigkeit, die Form und die Wirkung der Verpfändung von Geschäftsanteilen nicht treffen wollen, es beurteilen sich diese Fragen lediglich nach dem BGB.

4. **RG.** R. **04** 227 Nr. 1109. Die Formvorschrift des Abs. 4 findet auch Anwendung auf einen obligatorischen Vertrag, durch welchen lediglich von dem einen Kontrahenten die Verpflichtung zur Abnahme eines Gesellschaftsanteils übernommen wird, während der andere Kontrahent die Verpflichtung zur Abtretung des Anteils nicht übernimmt, sondern es seinem Belieben überlassen bleibt, ob er die Abnahme verlangen will.

5. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 141, BauersZ. **12** 136, JW. **05** 92. Auch die Vereinbarung, durch die es in das freie Belieben des einen Teiles gestellt wird, ob er seinen Geschäftsanteil abtreten will, während der andere Teil die bindende Verpflichtung übernimmt, den Anteil des ersteren auf dessen Verlangen zu erwerben, bedarf zu ihrer Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

6. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 291. Auch der Vorvertrag zu einem Vertrage über die Errichtung einer GmbH. bedarf der gerichtlichen oder notariellen Form.

7. **RG.** R. **05** 168. Der Gläubiger eines sämtliche Geschäftsanteile in seiner Hand vereinigenden Gesellschafters kann aus der Gefährdung der Zwangsvollstreckung wegen einer ihm gegen den Gesellschafter persönlich zustehenden Forderung einen Arrestgrund in das Vermögen der Gesellschaft trotz § 15 Abs. 2 herleiten.

8. OLG. 8 259 (Hamburg). Die gerichtliche oder notarielle Form ist nicht erforderlich, wenn es sich um die Verpflichtung eines Dritten, einem Gesellschafter Geschäftsanteile abzunehmen, handelt. — Diese Ansicht wird bekämpft von Wassermann, Holdheims MSchr. **04** 23 f.

9. R. **04** 455 Nr. 1937 (Colmar). Auch derjenige Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der im § 15 vorgeschriebenen Form, der den einen Kontrahenten berechtigt, sich seiner Geschäftsanteile zu veräußern, und den anderen zu deren Abnahme verpflichtet, also formell eine Verpflichtung zur Abtretung nicht ausspricht.

10. **RG.** JW. **04** 265. Das GmbHG. enthält keine Vorschriften über die Verpfändung der Geschäftsanteile der Gesellschafter. Zulässigkeit, Form und Wirkungen solcher Verpfändung bestimmen sich nach dem bürgerlichen Rechte und der Konkursordnung.

11. DIZ. **05** 222, BauersZ. **12** 159 (PrOVG.). Das Einkommen des als Geschäftsführer wirkenden Mitglieds der GmbH. aus der Geschäftsführung ist gewerbliches Einkommen nur dann, wenn die Bestellung des Gesellschafters zum Geschäftsführer eine das Gesellschaftsverhältnis regelnde Bestimmung des Gesellschaftsvertrags bildet; anderenfalls ist es Einkommen aus gewinnbringender Beschäftigung.

12. Wegen Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile s. Ziff. 1, 4 u. 5 zu § 17.

§ 16. Abs. 2. Merzbacher Anm. 5 zu § 16. Die Anmeldung allein genügt nicht, sondern es muß auch der Erwerb nachgewiesen sein. Bis dahin gilt der Veräußerer als Eigentümer des Geschäftsanteils. Abw. von § 407 BGB. ist die zufällige Kenntnis der GmbH. von der Veräußerung belanglos.

§ 17. 1. *Neukamp, Die Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile einer GmbH., DIZ. **04** 231 ff., 293 ff., kommt zu dem Ergebnisse, daß bei der Pfändung eines Geschäftsanteils einer GmbH. ein Drittschuldner im Sinne der ZPO. nicht vorhanden ist, die Pfändung also mit dem an den Schuldner gerichteten Gebot, sich der Verfügung über den Geschäftsanteil zu enthalten, vollzogen ist. (AM. Staub, der die Ansicht vertritt, daß die GmbH. Drittschuldnerin sei.) Die Realisierung des durch die Pfändung erworbenen Pfandrechts ist, wie Neukamp in Übereinstimmung mit den anderen Kommentaren annimmt, nicht durch Überweisung zur Einziehung möglich, aber auch nicht — und diese Ansicht vertritt N. insbesondere gegen Esser und Staub — durch Überweisung an Zahlungs Statt zum Nennwert, weil der Geschäftsanteil keinen Nennwert habe, überhaupt kein Forderungsrecht sei, sondern ein Inbegriff von Rechten und Pflichten. Die Realisierung des gepfändeten Geschäftsanteils muß deshalb auf Anordnung des Gerichts durch Versteigerung oder freihändigen Verkauf erfolgen.

2. Hinsichtlich der Vertretung einer GmbH. bezüglich der Abtretung eines Geschäftsanteils schon vor der Eintragung in das Handelsregister wird im Urteile des **RG.** v. 5. 1. 04, JW. **04** 123, ausgeführt: § 17 verlangt nichts anderes als Bezeichnung der Person des Erwerbers und des Betrags, welcher von der Stammeinlage des ungeteilten Geschäftsanteils entfällt, in schriftlicher Form. Innerhalb dieses Rahmens genügt jede, gleichviel in welcher Weise, wenn nur deutlich erklärte Kundgebung des Einverständnisses mit der Abtretung. Die Genehmigung kann sowohl vor als auch nach der Abtretung oder auch gleichzeitig in der Urkunde über die Abtretung erfolgen. Sie muß durch den

oder die Geschäftsführer geschehen, die nach den §§ 35, 37 Abs. 2 trotz der ihrer Vertretungsmacht etwa gemachten Beschränkungen, die Gesellschaft Dritten gegenüber gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten berechtigt sind.

3. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 109. Die auch nach BGB. zulässige Sicherungsübereignung und Sicherungszession stellt eine wirkliche Veräußerung dar; daher kann auch im Wege der Sicherungsabtretung der Geschäftsanteil einer GmbH. geteilt werden.

4. KGBl. **05** 70, OLG. **10** 392, R. **05** 504, BauersZ. **12** 228, SchlHolstA. **05** 266 (KG.). Die Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile einer GmbH. erfolgt nach § 857 ZPO. mittels Beschlagnahme durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts und Verwertung des Pfandes gemäß § 844 ZPO. durch Veräußerung.

5. KGBl. **05** 70, OLG. **10** 392, R. **05** 504, BauersZ. **12** 228, SchlHolstAnz. **05** 266 (KG.). Der Gesellschafter und Pfandschuldner, der z. Z. der Pfändung nur noch einen Teil seines ursprünglichen Geschäftsanteils besitzt, kann sich nicht auf die zwingende Vorschrift des § 17 Abs. 1 berufen. Denn gepfändet und versteigert wird, was der Pfandschuldner an Geschäftsanteil noch besitzt: der durch Abzweigung zum selbständigen und veräußerungsfähigen Geschäftsanteil gewordene Rest.

§ 19. 1. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 255. 1. Die Bestimmung über den Ausschluß der einseitigen Aufrechnung eines Gesellschafters gegen seine Einlageschuld findet keine Anwendung auf den Fall, in dem die Aufrechnung vertragsmäßig in der Weise erfolgt, daß der Gesellschafter mit der einem Dritten gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung gegen seine Einlageschuld aufrechnet und der Dritte und die Gesellschaft dies genehmigen.

2. Abs. 2. **RG.** BauersZ. **12** 136, 207, Holdheims MSchr. **05** 142, ZBl. FG. 5 635, JW. **05** 92. Die vertragsmäßige Aufrechnung der Einlageverbindlichkeit mit Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft ist zulässig. Ebenso **RG.** JW. **05** 700.

§ 21. 1. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 240, JW. **05** 443, BauersZ. **12** 254. Sowohl der Beginn der Nachfrist, die dem mit der Entrichtung seiner Stammeinlage säumigen Gesellschafter zur Zahlung unter Androhung des Ausschlusses gestellt ist, als auch der Zeitpunkt der Wirksamkeit der erfolgten Ausschlußerklärung wird durch den Tag bestimmt, an dem der die Zahlungsaufforderung und Fristbestimmung bzw. die Ausschlußerklärung enthaltende eingeschriebene Brief zur Post gegeben ist, nicht durch den Tag, an dem der Brief dem Gesellschafter zugegangen ist.

2. **RG.** **58** 55, BauersZ. **12** 134, R. **05** 651, DNotV. **05** 83. Die Kaduzierung („erneute Aufforderung") setzt die Eintragung der GmbH. voraus.

§ 26. Zu Abs. 2 führt *Hachenburg, Holdheims MSchr. **04** 64ff., in seinem Aufsatze „Ist der gesetzliche Maßstab für die Einzahlung der Nachschüsse bei den GmbH. zwingendes Recht?" aus: Die von den Motiven in die Kommentare übergegangene Ansicht, daß die Vorschrift des § 26 Abs. 2 zwingendes Recht sei, ist nicht als richtig anzuerkennen. Die von den Motiven angegebenen Gründe, daß die Nachschüsse einen Teil der Gesamteinlage bilden und das Verhältnis für diese nur ein eintheitliches sein könne, sind beide im Widerspruche mit dem Wesen der Nachschüsse. Daraus, daß unbestritten nach der Einforderung der Nachschüsse die Gesellschaft rechtswirksam mit jedem einzelnen paktieren, also auch diese ganz oder teilweise erlassen kann, ebenso aus § 3 Abs. 2 des Gesetzes, wonach außer zu den Stammeinlagen jeder Gesellschafter für sich und in beliebiger Weise zu Geldleistungen sich verpflichten kann, folgt, daß auch die Festsetzung der Nachschüsse im Statut in anderem Verhältnisse als zu dem der Stammeinlage möglich sein muß.

§§ 29, 30. Marcus, Holdheims MSchr. **04** 155, verneint die Frage: „Stehen die Bestimmungen der §§ 29, 30 der Auszahlung von Vorschüssen an Gesellschafter, die zu Geschäftsführern bestellt sind, durchaus entgegen?" mit dem Hinweise darauf, daß diese Vorschußzahlungen nicht in der Gesellschaftereigenschaft, sondern in der Geschäftsführerfunktion ihre Grundlage haben.

§ 35. 1. **RG. 57** 94, JW. **04** 167. Hat die Gesellschaft mehrere zu gemeinsamer Vertretung berufene Geschäftsführer, so ist für die Haftung der Gesellschaft aus § 31 BGB. doch nicht das gemeinsame Handeln aller Vertreter vorausgesetzt. § 31 BGB. hat auf die GmbH. Anwendung zu finden. Der Begriff der „Verrichtung" in dieser Vorschrift umfaßt nicht bloß die Handlungen, die in Ausübung der Vertretungsmacht vorgenommen sind, sondern auch die den Vorstandsmitgliedern als solchen obliegenden rein tatsächlichen Verrichtungen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn die Funktionen der Kollektivvertreter z. B. dahin geteilt sind, daß der eine die Fabrikation, der andere den kaufmännischen Betrieb leitet, und wenn durch eine gesetzwidrige Anordnung in der Fabrik eine Gesundheitsbeschädigung verursacht wird, die GmbH. haftet, obwohl der kaufmännische Vertreter mit dieser Anordnung nichts zu tun gehabt hatte.

2. **RG.** JW. **05** 365, BauersZ. **12** 249, R. **05** 469. Die Unkenntnis der GmbH. von einer starken Verschuldung des als Geschäftsführer Anzustellenden beim Abschlusse des Dienstvertrags bildet einen Irrtum über eine solche Eigenschaft der Person, die im Verkehr als wesentlich angesehen wird, begründet also die Anfechtbarkeit des Anstellungsvertrags nach § 119 BGB.

3. OLG. **11** 36, RJA. 5 242, R. **05** 443 Nr. 1811, ZBlFG. **6** 136, BauersZ. **12** 250 (KG.). Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags, daß zu einer die GmbH. verpflichtenden Firmenzeichnung zwei Unterschriften erforderlich sein, und daß zur Unterschrift der alleinige Geschäftsführer und die bestellten Prokuristen berechtigt sein sollen, ist unzulässig. Die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Prokuristen, eines abhängigen Angestellten der GmbH., zu deren Vertretung durch den einzigen Geschäftsführer widerspricht nicht allein dem allgemeinen Grundsatze der Selbständigkeit der Vertretungsmacht der Geschäftsführer (§ 35 [1]), sondern sie verstößt auch unmittelbar gegen die Vorschrift des § 37 Abs. 2. Ebenso Liebmann, Staub, Parisius-Crüger (3) zu § 35.

4. BadRpr. **05** 89, R. **05** 347 (Karlsruhe). Ein Geschäftsführer kann zwar den anderen zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, zu dessen Wirksamkeit die Mitwirkung beider Geschäftsführer erforderlich ist, für einen bestimmten Fall ermächtigen, auch zu bestimmten Arten von Geschäften, nicht aber allgemein zu „Abschlüssen von geringer Bedeutung".

5. Abs. 3. OLG. **10** 244, KGJ. **28** A 241, ZBlFG. **5** 803, BauersZ. **12** 210 (KG.). Gegenüber der Beitrittserklärung einer GmbH. zu einer Genossenschaft kann der Registerrichter nicht den Nachweis fordern, daß die Träger der der Firma beigefügten Personennamen die zur Vertretung berechtigten Geschäftsführer sind. Es genügt, wenn die Unterzeichnung in derjenigen Form erfolgt ist, in der die Geschäftsführer einer solchen Gesellschaft für diese zu zeichnen pflegen.

6. Wegen der Unterzeichnung der Jahresliste der Gesellschafter durch die Geschäftsführer gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 s. die kammergerichtliche Entsch. u. zu § 40.

§ 38. OLG. 8 259 (Hamburg). Der Geschäftsführer steht nicht auf einer Stufe mit einem Handlungsgehilfen, dem nach § 70 HGB. gekündigt werden kann, wenn wichtige Gründe vorliegen. Der Geschäftsführer steht vielmehr dem Prinzipal gleich, er ist das Organ der GmbH., es müssen daher sehr triftige

Gründe vorliegen, um seine Entlassung als eine im Interesse der Gesellschaft notwendige Maßregel erscheinen zu lassen.

§ 40. OLG. **11** 396 ff., KGBl. **05** 52, ZBlFG. **6** 37 u. 289, R. **05** 347 u. 542, BauersZ. **12** 207, RJA. **6** 39 (KG.). Die Gesellschafterliste, welche zum Handelsregister eingereicht wird, braucht nicht von sämtlichen Geschäftsführern unterschrieben zu sein; es genügt die Unterschrift der Geschäftsführer gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 in einer Zahl und Zusammensetzung, wie sie regelmäßig zur Vertretung der Gesellschaft ausreichen (geschäftsführendes Organ). Ebenso Staub, Parisius-Crüger und Liebmann zu § 40; aA. Neukamp und Förtsch.

§ 42. 1. Merzbacher Anm. 7 zu Ziff. 2. Die Organisations- und Verwaltungskosten dürfen nur nicht als solche in der Bilanz stehen; soweit sie zum Erwerbe von Vermögensgegenständen dienten, wie bei dem Ankauf oder Bau eines neuen Fabrikgebäudes, der Herstellung von Maschinen, Mustern usw., dürfen sie auf die betreffenden Konten übertragen werden.

2. RG. HoldheimsMSchr. **05** 240, BauersZ. **12** 229. Der Gewinnvortrag hat Reservefondsnatur. Ebenso OLG. **10** 242 (Colmar). Auch vom steuerrechtlichen Gesichtspunkt aus ist die Reservefondsnatur des Gewinnvortrags, soweit derselbe nicht lediglich unverteilte Gewinnrechte enthält, anerkannt, OVG. (Steuers.) **05** 209 Nr. 40.

§ 43. 1. Abs. 1. OLG. **9** 266 (Hamburg). Die Vorschrift hat zwingenden Charakter, so daß eine vertragliche Abschwächung unzulässig sein würde. Aber für die Frage, ob ein Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftmanns (Kaufmanns) angewendet hat, kann kein absoluter Maßstab angelegt werden, sondern es sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

2. Abs. 2. OLG. **9** 266 (Hamburg). Der Schadensersatzanspruch ist der Gesellschaft, nicht den einzelnen Gesellschaftern gewährt. Ihm gegenüber kann der Geschäftsführer sich darauf berufen, daß er die Geschäfte dem Willen aller Gesellschafter entsprechend geführt habe, jedenfalls dann, wenn der Anspruch lediglich im Interesse der Gesellschafter selbst erhoben wird.

§ 44. OLG. **11** 395 (KG.). Der Geschäftsführer kann in eigenem Namen, vertreten durch seine Stellvertreter, mit der Gesellschaft kontrahieren.

§ 46. Nr. 7. R. **05** 229 Nr. 1070 (Colmar). Handlungsgehilfen oder solche Handlungsbevollmächtigte, die nicht für den gesamten Geschäftsbetrieb einer GmbH. berufen werden, ist deren Geschäftsführer selbständig anzustellen berechtigt. Der Bestimmung der Gesellschafter dagegen unterliegt die Anstellung von Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetriebe. Deren eigenmächtige Anstellung durch den Geschäftsführer ist ihnen gegenüber nicht wirkungslos, macht den Geschäftsführer aber der Gesellschaft gegenüber verantwortlich.

§ 47. Weinhagen, Holdheims MSchr. **04** 93, vertritt bei Besprechung der kammergerichtlichen Entsch. KGJ. **25** 253 über das Verbot der Ausübung des Stimmrechts des Gesellschafters nach § 47 Abs. 4 (vgl. IDR. **2** Ziff. 8 zu § 47) die Ansicht, daß die Abänderung der Vorschrift des Abs. 4 — welche von § 34 BGB. unberührt geblieben ist — durch den Gesellschaftsvertrag zulässig sei. Ebenso Staub und Parisius-Crüger; dagegen Liebmann, Neukamp, Förtsch, Esser u. z. T. Merzbacher; letzterer sagt (Anm. 5): Abs. 4 kann mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse durch den Gesellschaftsvertrag nicht eingeschränkt oder vollends außer Wirksamkeit gesetzt, wohl aber erweitert werden.

§ 48. RG. R. **04** 83 Nr. 411, BauersZ. **11** 90. Die Gesellschafterversammlung kann nicht Schiedsrichter in Streitigkeiten zwischen der GmbH. und ihren Mitgliedern sein.

§ 51. 1. Abs. 1. **RG. 60** 144, BauersZ. **12** 181, R. **05** 347 Nr. 1631, ZBlFG. **6** 236, JW. **05** 206, DNotV. **05** 663. Die im Abs. 1 vorgeschriebene Einladung der Gesellschafter ist mit der Aufgabe des eingeschriebenen Briefes zur Post als bewirkt zu erachten. Ebenso **RG.** JW. **05** 568, HoldheimsMSchr. **05** 239, R. **05** 568, BauersZ. **12** 254.

2. Abs. 2, 3. Bauer, Auflösung und Liquidation 84. Der Ankündigung von Gegenständen, welche nur zur Beratung und Verhandlung ohne Beschlußfassung gestellt werden, bedarf es nicht; das gleiche gilt in Anbetracht solcher Beschlüsse, welche nur die Leitung der Versammlung, die Wahl des Protokollführers, die Berufung einer neuen Versammlung u. dgl. betreffen.

§ 52. 1. **RG.** JW. **04** 266. Soll der Aufsichtsrat den Interessen der Gesamtheit aller Gesellschafter dienen und das einzelne Mitglied des Aufsichtsrats durch das in freier Wahl aller Gesellschafter bekundete Vertrauen der Mehrheit der Gesellschafter berufen werden, so verstößt ein Schuldverhältnis, das im Interesse einzelner Gesellschafter einen derselben verpflichten soll, dem Rufe in den Aufsichtsrat nicht zu folgen, die Wahl nicht anzunehmen und das übertragene Amt niederzulegen, gegen die guten Sitten und ist nichtig.

2. KGJ. **29** A 98, OLG. **11** 36 Anm., ZBlFG. **6** 235, BauersZ. **12** 249 (KG.). Durch die Annahme der Wahl als Mitglied des Aufsichtsrats einer GmbH. wird mit der Gesellschaft ein Vertrag geschlossen, der bei entgeltlicher Übernahme als Dienstvertrag, sonst als Auftrag zu beurteilen ist. Ist das Amt nach den für diese Verträge geltenden Kündigungsvorschriften niedergelegt, so kann die Wiederbestellung als Aufsichtsratsmitglied nur durch einen neuen formgerechten Beschluß der Gesellschafterversammlung erfolgen.

3. OLG. **11** 398 (KG.). Durch die in der Sitzung des Aufsichtsrats erfolgende Erklärung eines Mitglieds, daß es sein Amt als Aufsichtsrat der Gesellschaft niederlege, ist eine rechtswirksame Kündigung der Stellung als Aufsichtsratsmitglied herbeigeführt, die nach § 626 bzw. §§ 611, 671 BGB. zu beurteilen ist.

4. ZBlFG. **4** 728 (Köln). In Fällen, in denen der Aufsichtsrat zur Berufung einer Gesellschafterversammlung verpflichtet und befugt ist, kann er auch zur Beurkundung des Versammlungsherganges einen Notar zuziehen. Die Notarkosten fallen dann der GmbH. zur Last.

§ 53. Abs. 3. 1. RJA. **4** 97, R. **04** 263, BauersZ. **11** 203 (KG.). Ein Beschluß, durch den die Vergütung aufgehoben oder herabgesetzt wird, welche den Gesellschaftern für die von ihnen zu bewirkenden Leistungen nach dem Gesellschaftsvertrage zusteht, enthält eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags und bedarf der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter.

2. ZBlFG. **5** 625, R. **05** 229 Nr. 1071 (Dresden). Wenn im Gesellschaftsvertrage den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt sind, so enthält die Verlängerung des auf eine beschränkte Dauer eingegangenen Gesellschaftsvertrags eine Vermehrung der den Gesellschaftern vertraglich obliegenden Verpflichtungen im Sinne des Abs. 3.

§ 54. ZBlFG. **6** 379, ElsLothZ. **05** 455 (Colmar). Eine Statutenänderung wird erst mit der Eintragung ins Handelsregister wirksam. Ein Beschluß, der vorher von einem nach Maßgabe der abgeänderten Statuten gebildeten Gesellschaftsorgane gefaßt ist, ist ungültig, der von diesem Organ ausgegangene Widerruf der Bestellung eines Geschäftsführers ist unwirksam.

§ 55. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 1036, BauersZ. **12** 64 u. 109, HoldheimsMSchr. **04** 257, R. **04** 580 Nr. 2572. Jeder Vorvertrag, der sich auf die Veränderung der rechtlichen Grundlagen einer GmbH., die Erhöhung deren

Stammkapitals und die Übernahme der zur Durchführung der Erhöhung erforderlichen Stammeinlagen bezieht, bedarf der gleichen Form, die das Gesetz für die Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts selbst vorgeschrieben hat. Die Abrede einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung einer hiernach wegen Formmangels nichtigen Vereinbarung ist unwirksam.

2. RG. Holdheims MSchr. **05** 240, BauersZ. **12** 229. Rücklagen aus dem Reingewinne stellen keine Stammkapitalserhöhung dar.

3. LG. I Berlin, DIZ. **05** 871. Die Vollmacht, auf Grund deren eine Stammeinlage auf das erhöhte Kapital einer GmbH. übernommen werden soll, bedarf nicht einer gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung; § 2 Abs. 2 ist nicht analog anzuwenden, da ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem konstitutiven Gesellschaftsvertrage und dem späteren Beitritt zur Gesellschaft besteht. — Ebenso Marcus, Holdheims MSchr. **05** 160.

4. Marcus, Holdheims MSchr. **05** 160, verneint die Frage, ob im Falle des § 55 der Registerrichter für die Anmeldung der Kapitalserhöhung die Beibringung solenner Vollmachtsurkunden fordern kann, wenn die Übernahme durch Bevollmächtigte erfolgt ist.

§ 56. LG. Mannheim, ZBlFG. **5** 569, BauersZ. **12** 158, Holdheims MSchr. **05** 54 (wo die Entsch. von Bassermann unter Bezugnahme auf Staub und Parisius-Crüger besprochen wird). Dem Erfordernisse der Angabe des Gegenstandes der Einlage wird dadurch genügt, daß angezeigt wird, welcher Art die Sacheinlage ist und in welchen Vermögenswerten sie besteht (Bankguthaben, Wechsel, Mobilien), unter Benennung des Geldwerts der einzelnen Positionen. Eine gesetzliche Nachprüfungspflicht bezügl. der Richtigkeit der Angaben über die Sacheinlagen, insbesondere in der Richtung, ob der angebenene Wert ein angemessener ist, besteht nicht.

§ 57. 1. OLG. **10** 243, KGJ. **29** A 102, RJA. **5** 168, R. **05** 322, BauersZ. **12** 185, ZBlFG. **5** 802 u. **6** 83 (KG.). Ist der Beschluß der GmbH. einmal auf eine fest bestimmte Erhöhungssumme gerichtet, so kann auf Grund desselben auch nur eine ungeteilte Anmeldung der ganzen Erhöhung erfolgen. Der § 57 verlangt die Eintragung der beschlossenen Erhöhung, nachdem das erhöhte Kapital durch Übernahme von Stammeinlagen gedeckt ist und nicht etwa, „insoweit" es gedeckt ist. Die Eintragung eines Teilbetrags des erhöhten Stammkapitals in das Handelsregister ist also unzulässig.

2. OLG. **10** 243, RJA. **5** 245, ZBlFG. **5** 802, R. **05** 347, BauersZ. **12** 185 u. 226 (Hamburg). Unter den Worten „die beschlossene Erhöhung" ist der Beschluß der Generalversammlung über die Erhöhung (§ 55) zu verstehen. Es soll eine doppelte Eintragung, nämlich zunächst die des Erhöhungsbeschlusses selbst und weiterhin diejenige der vollzogenen Erhöhung, vermieden werden.

§ 58. OLG. **9** 267, Holdheims MSchr. **04** 57 (Dresden). Es steht nichts im Wege, daß die Herabsetzung und die weitere Erhöhung des Stammkapitals gleichzeitig beschlossen wird und daß zunächst die Erhöhung zur Anmeldung gelangt und durch ihre Eintragung wirksam wird. Die Geschäftsanteile der bisherigen Gesellschafter bestimmen sich dann in allen Beziehungen bis zur Eintragung der Herabsetzung noch nach den ursprünglichen Stammeinlagen.

§ 60. 1. RG. Holdheims MSchr. **04** 297, BauersZ. **12** 64 u. **13** 39, SächsA. **15** 515, SeuffA. **60** 410, GruchotsBeitr. **49** 1100. Die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand hat nicht die Auflösung zur Folge. Vgl. schon JW. **97** 191 u. GoltdA. **47** 169.

2. BauersZ. **12** 184, KGJ. **28** B 47, R. **05** 316 (KG.). Für die Kosten der Registrierung eines Geschäftsführers einer im Konkurs befindlichen GmbH. haftet die Masse nicht.

§ 61. Bauer, Auflösung und Liquidation der GmbH. 5. „Unmöglich" ist die Erreichung des Gesellschaftszwecks schon dann, wenn nur unter Eintritt ganz besonders günstiger, aber unwahrscheinlicher Umstände oder nicht in absehbarer Zeit Gewinn erwartet oder bei rein gemeinnützigen Unternehmungen der damit beabsichtigte Zweck erreichbar wird. Von diesem Gesichtspunkt aus ist auch die Frage zu beurteilen, ob die mangelhafte Rentabilität des Unternehmens zur Auflösung ausreicht oder nicht. Mit der gänzlichen Unzulänglichkeit des Stammkapitals und des Gesellschaftskredits im Verhältnisse zum Gesellschaftszwecke läßt sich ebenfalls ein Auflösungsbegehren rechtfertigen; doch darf sich kein Gesellschafter der Beschaffung neuer Betriebsmittel entgegengestellt haben, mit denen die Verwaltung das Unternehmen wieder emporzubringen beabsichtigte.

§ 63. RG. Holdheims MSchr. **04** 297, BauersZ. **12** 64, **13** 39, SächsA. **15** 515, SeuffA. **60** 410, GruchotsBeitr. **49** 1100, R. **05** 48 Nr. 239. Über das Vermögen einer für nichtig erklärten GmbH. kann das Konkursverfahren eröffnet werden.

§ 64. 1. RG. (Straff.) **37** 325, JW. **05** 247, BauersZ. **12** 205. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß die Geschäftsführer die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen haben, sobald die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt oder aus einer im Laufe des Geschäftsjahrs aufgestellten Bilanz sich ergibt, so ist damit klar der Wille des Gesetzgebers zum Ausdrucke gelangt, daß in solchem Falle jeder Geschäftsführer ohne Verzug, d. h. mit der nach Lage der Verhältnisse tunlichen Beschleunigung, zu handeln hat. Nur so kann der Zweck der Vorschrift, eine schwere Gefährdung der Gläubiger auszuschließen, die für sie in dem Fortbetrieb eines zahlungsunfähigen oder überschuldeten Geschäfts liegt, erreicht werden.

2. Staub Anm. 3 und RG. (Straff.) **37** 326. Bei einer bloßen Zahlungsstockung — wenn der Schuldner annehmen kann, sein Mangel an bereiten Mitteln sei nur ein vorübergehender — findet § 64 keine Anwendung.

§ 66. Bauer, Auflösung und Liquidation 18. Der Geschäftsführer, welcher auf eine bestimmte Zeit fest engagiert ist, muß bei Verlust des Anspruchs auf Entschädigung, wenn seine Dienstzeit noch läuft, sich das Liquidationsgeschäft an Stelle der Geschäftsführung als Vertragserfüllung gefallen lassen. Hierbei bezieht der Geschäftsführer als Liquidator das bisherige Einkommen, wenn nichts anderes abgemacht ist. Wird an Stelle des Geschäftsführers ein anderer zum Liquidator gewählt, so darf der erstere bis zur legalen Beendigung seines Dienstverhältnisses Entschädigungsansprüche geltend machen.

§ 67. 1. OLG. **9** 268 (Karlsruhe). Die Vorschrift, daß die Geschäftsführer die ersten Liquidatoren anzumelden haben, trifft auf alle Liquidatoren außer den gerichtlich bestellten zu. Die Erfüllung dieser Pflicht hat der Registerrichter erforderlichenfalls nach § 14 HGB. durch Ordnungsstrafen herbeizuführen.

2. Dagegen führt Bauer, Auflösung und Liquidation 22 ff. aus: Der Anmeldung der Erstliquidatoren durch die Geschäftsführer steht nichts im Wege, wenn der Geschäftsführer mit der Liquidation beauftragt ist. Erzwingen läßt sich die Anmeldung von dieser Seite aber dann nicht, wenn ein Geschäftsführer nicht vorhanden ist oder die Vornahme der Anmeldung ablehnt. Gewöhnlich befaßt sich die Gesellschafterversammlung, welche die Auflösung beschlossen hat, gleichzeitig mit der Liquidatorenbestellung; weil nun zu der Zeit, wo die Auflösungstatsache eintrat und die Wahl der Liquidatoren erfolgte, der Geschäftsführer als solcher aufhört, gesetzlicher Vertreter der GmbH. zu sein, kann von ihm auch nicht die Anmeldung gefordert bzw. erzwungen werden. Das Gericht, welches sonst auf Antrag eines Beteiligten einen Geschäftsführer gemäß § 29 BGB. ernennen kann, versagt hier ebenfalls, weil es während der Liquidation nur einen

Liquidator zu ernennen in der Lage ist. Die ersten Liquidatoren müssen sich in solchen Fällen daher selbst anmelden, ebenso wie im Falle des freiwilligen Ausscheidens, der Absetzung und des Todes der bisherigen Liquidatoren. Die Anwendung des Ordnungsstrafverfahrens zwecks Erzwingung der Anmeldung ist nur gegenüber den Liquidatoren statthaft.

3. Auch Staub hebt (Anm. 4 zu § 67) hervor, daß das Gesetz nur an den Regelfall gedacht hat, wo die Geschäftsführer die ersten Liquidatoren werden, daß aber, wenn ein Personenwechsel stattfindet, die Anmeldung durch die nunmehrigen gesetzlichen Vertreter zu erfolgen hat.

§ 68. Staub Anm. 11, Merzbacher Anm. 1 (gegen Förtsch Anm. 1 zu § 68). Der Satz 3 des § 35 Abs. 2 ist zwar nicht, wie die beiden ersten Sätze, im § 68 ausdrücklich wiederholt, aber im Hinblick auf § 69 analog anzuwenden.

§ 69. 1. *Hachenburg, SeuffBl. **05** 305, bejaht die Möglichkeit einer Änderung des Gesellschaftsvertrags einer GmbH. im Stadium der Liquidation (mit Staub Anm. 38 zu § 69 gegen die herrschende Meinung) unter Hinweis auf die §§ 19 Abs. 2 u. 72. Der im § 19 Abs. 2 behandelte Erlaß der Stammeinlage könnte auch im Liquidationsstadium angezeigt sein und daher die für denselben erforderliche Herabsetzung des Stammkapitals. Der § 19 Abs. 2, als im zweiten Abschnitt enthalten, sei auch durch § 69 ausgeschlossen. Ebenso stehe § 72 direkt im fünften Abschnitte. Das Gesetz kenne also selbst Fälle, in denen nach der Auflösung der Gesellschaftsvertrag geändert werde.

2. **RG. 59** 58, BauersZ. **12** 86. Die Klage des einzelnen Gesellschafters gegen die GmbH. in Liquidation wegen seines Anteils ist statthaft.

§ 70. Bauer, Auflösung und Liquidation der GmbH. 91, 92, 96. Der Liquidator bedarf nicht der Zustimmung der Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Ziff. 2, wenn er Einzahlungen auf die nicht vollständig geleisteten Stammeinlagen aufruft. Ebenso ist der Liquidator selbständig in der Geltendmachung von Ersatzansprüchen, welche der Gesellschaft aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen Geschäftsführer bzw. frühere Liquidatoren oder gegen Gesellschafter zustehen, sowie in der Vertretung der Gesellschaft in Prozessen gegen die Geschäftsführer bzw. vormalige Liquidatoren.

§ 72. Bauer, Auflösung und Liquidation 105. Der Anspruch der Gesellschafter auf den Gewinn für das letzte Geschäftsjahr oder gegebenenfalls für den kürzeren Zeitabschnitt vom Schlusse des letzten Geschäftsjahrs bis zum Beginne der Liquidation wird durch die Vorschrift des § 72 nicht berührt.

§ 73. **RG. 59** 58. Streitigkeiten über die Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter sind durch Klage des Gesellschafters gegen die Liquidatoren als die gesetzlichen Vertreter der GmbH. in Liquidation zum Austrag zu bringen.

§ 74. 1. OLG. **11** 400 (Hamburg). Es genügt ein Beschluß, dem der Liquidator entnehmen kann, daß die Bücher und Schriften der Gesellschaft nach Beendigung der Liquidation nach dem Willen der Gesellschafter oder ihrer maßgebenden Mehrheit einer bestimmten Person in Verwahrung zu geben seien. Wenn eine GmbH. beschließt, ihre gesamten Aktiva auf eine andere Gesellschaft zu übertragen, so ist das regelmäßig dahin zu verstehen, daß die andere G. auch die Bücher und Schriften erhalten und verwahren soll.

2. Bauer, Auflösung und Liquidation 109. Die Aufbewahrung geschieht auf Kosten der Gesellschaft, deshalb muß ein dieselbe deckender Betrag von der Verteilung zurückbehalten werden, wenn nicht der Beauftragte die kostenlose Verwahrung verspricht.

§ 75. 1. Über die Voraussetzungen für die registerliche Eintragung der Löschung der Firma einer GmbH. nach Beendigung der Liquidation s. Marcus, SeuffBl. **05** 189 ff.

2. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 297, BauersZ. **12** 64, **13** 39, SächsA. **15** 515, SeuffA. **60** 410, GruchotsBeitr. **49** 1100, R. **05** 48 Nr. 239. Dadurch, daß eine GmbH. auf Grund des GmbHG. für nichtig erklärt wird, wird die Wirksamkeit der in ihrem Namen mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht berührt. Die Gesellschafter haben in solchem Falle die versprochenen Einzahlungen soweit zu leisten, als es zur Erfüllung der vorgenommenen Rechtsgeschäfte erforderlich ist. Über das Vermögen einer für nichtig erklärten Gesellschaft kann das Konkursverfahren eröffnet werden.

§ 77. 1. **RG. 59** 325, Holdheims MSchr. **05** 143, JW. **05** 184, R. **05** 347, BauersZ. **12**·228. Die selbständige Rechtspersönlichkeit der in Liquidation befindlichen GmbH. bleibt bestehen, sie bleibt daher gemäß § 50 Abs. 1 ZPO. auch parteifähig, und zwar für Rechtsverhältnisse nach außen, wie nach innen.

2. **RG.** BauersZ. **12** 64, **13** 39, Holdheims MSchr. **04** 297, GruchotsBeitr. **49** 1100, SächsA. **15** 515, SeuffA. **60** 410, R. **05** 48 Nr. 239. Konkurseröffnung über eine wegen Formwidrigkeit des Gesellschaftsvertrags nichtige GmbH. ist zulässig.

§ 78. KGBl. **05** 53, RJA. **6** 39, R. **05** 347, 542, BauersZ. **12** 207, ZBlFG. **6** 37, 289, OLG. **11** 396 (KG.). Aus § 78 läßt sich der Sprachgebrauch erkennen, daß im Gesetz eine Mitwirkung sämtlicher Geschäftsführer nur da verlangt werden soll, wo dies ausdrücklich hervorgehoben wird, sonst aber eine Vertretung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 genügt. Vgl. auch o. zu § 40.

§ 84. **RG.** R. **05** 258. Die Bestrafung der Geschäftsführer oder Liquidatoren einer GmbH. aus § 84 Abs. 1 GmbHG. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Konkurseröffnungsantrag von anderer Seite gestellt worden ist. Jedes Verschulden der Geschäftsführer oder Liquidatoren, auch bloße Fahrlässigkeit, genügt zur Erfüllung des Tatbestandes.

Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Vom 1. Mai 1889 / 20. Mai 1898.

Vorbemerkung. Der Bericht betrifft die Jahre 1904 und 1905.

Literatur: Eschenbach, Genossenschaftliche Erfahrungen. Berlin 1903, J. Guttentag. — Marcus, Ist die Zulässigkeit von Satzungsänderungen durch andere Organe als die Generalversammlung anzuerkennen? Holdheims MSchr. **04** 57. — Parisius-Crüger, Kommentar (4) Berlin 1903, Guttentag. — Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften, Gesellschaften mbH., Kommanditgesellschaften auf Aktien, eingetragenen Genossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, Hypotheken- und Notenbanken und Handelsgesellschaften. München 1903, J. Schweitzer.

§ 1. 1. *Eschenbach beleuchtet die Einwirkungen der verschiedenen wirtschaftlichen Faktoren unter genossenschaftlich-juristischen Gesichtspunkten. Er faßt seine Ausführungen dahin zusammen, daß für größere Unternehmungen die genossenschaftliche Form überhaupt nicht, oder doch nur unter ganz besonderen Voraussetzungen empfehlenswert ist, da dieselbe sehr leicht zu erheblichen Schwierigkeiten und sachlichen wie persönlichen Reibungen führen kann, welche den Bestand des Unternehmens, als solchen, gefährden. Er legt dar, daß in diesem Falle entweder von vornherein die kapitalistische Form der AG. sich empfiehlt, oder aber in späteren Stadien größerer Entwicklung wiederum eine Teilung des Unternehmens, oder gegebenenfalls Überführung in die Aktienform notwendig ist. Anlangend die Art der Genossenschaft in bezug auf beschränkte und unbeschränkte

Haftpflicht und unbeschränkte Nachschußpflicht, hält Eschenbach die letztere dort bei den Untergenossenschaften für durchgehends notwendig, wo die übergeordneten Zentralgenossenschaften die Rolle großer Kreditgeber spielen, während er die beschränkte Haftpflicht für Produktivgenossenschaften mit Grundbesitz als Unterlage für praktischer erklärt.

2. **RG. 60** 411. Ein Verbot des Inhalts, daß nicht physische Personen Mitglieder von Genossenschaften nicht sein dürfen, besteht nicht.

§ 3. 1. Parisius-Crüger 76. Eingetragene Genossenschaften sind im § 15a GewO. nicht aufgeführt, und da auch sonst eine gesetzliche Bestimmung nicht besteht, wonach die Genossenschaften ihre Firma an der Außenseite der Geschäftslokale anzubringen haben, könnten höchstens Polizeiverordnungen in Betracht kommen. Es ist aber zweifelhaft, ob, nachdem nun durch § 15a GewO. die Materie geregelt ist, die solche Polizeiverordnungen für rechtsgültig erklärende Kammergerichtsentscheidung vom 15. 3. 1894 (Bl. f. GenW. **99** 517) aufrechterhalten werden kann.

2. OLG. **9** 268 (KG.). Werden nach dem Statute mehrere Geschäftszweige selbständig nebeneinander betrieben, so muß dies auch in der Firma der Genossenschaft zum Ausdrucke gebracht werden. Ist jedoch dem Statut zu entnehmen, daß von den mehreren Geschäftszweigen der eine den anderen derart überwiegt, daß er allein der Genossenschaft das charakteristische Gepräge gibt, so genügt es, wenn die Firma von diesem einen Hauptgegenstande entlehnt ist.

§ 6. 1. Parisius-Crüger 106f. führen zu Ziff. 4 aus, daß das Statut die öffentlichen Blätter, in denen die Genossenschaft die Bekanntmachungen erläßt, namentlich aufführen und für den Fall des Eingehens eines dieser Blätter derart Vorsorge treffen muß, daß z. B. eine Berufung der Generalversammlung nicht unmöglich wird.

2. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 292. Eine Bestimmung des Statuts, daß der unter gewissen Voraussetzungen der Witwe eines Genossenschafters zustehende Unterstützungsanspruch gegenüber der Genossenschaft nur für ihre Person zustehen, weder vererblich, noch veräußerlich, noch pfändbar sein und bei Veräußerung und Verpfändung ohne weiteres erlöschen soll, ist zulässig und rechtswirksam.

§ 8. 1. Ziff. 4. **RG.** R. **05** 435, Holdheims MSchr. **05** 244, PosMSchr. **05** 112, ZBlFG. **6** 236. Die Bestimmung der Satzung einer eingetragenen Genossenschaft, daß die Vorstands- wie die Aufsichtsratsmitglieder von ihren Ämtern jederzeit durch die Generalversammlung nur mit Mehrheit von drei Vierteln der erschienenen Genossen enthoben werden können, widerspricht nicht dem Gesetze.

2. R. **04** 608 Nr. 2674 (Marienwerder). Die Satzung einer e. G. kann bestimmen, daß es außer den im Gesetze vom 1. 5. 89 bestimmten Fällen auch für andere Beschlüsse einer Mehrheit von drei Vierteilen der in der Generalversammlung erschienenen Genossen bedarf.

§ 11. Wegen der Aufnahme verstorbener Genossen in die Liste bei Veröffentlichung des Mitgliederbestandes vgl. **RG. 56** 425, JW. **04** 153, u. zu § 33 Ziff. 1.

§ 15. 1. Abs. 1. **RG.** JW. **06** 39. Die Beitrittserklärung durch einen mündlich beauftragten Stellvertreter ist gültig.

2. OLG. **11** 401 Anm. (KG.) und ZBlFG. **5** 715 (Dresden). Der Beitritt einer Ehefrau bedarf nicht der Zustimmung des Mannes.

3. OLG. **11** 401, ZBlFG. **6** 376 (KG.). Der Beitritt zu einer Genossenschaft hat die unmittelbare Haftung des Beitretenden für die ihm fremde Verbindlichkeit der Genossenschaft gegenüber deren Gläubigern zur Folge. Deshalb

bedarf nach §§ 1643, 1822 Nr. 10 BGB. der Beitritt von Minderjährigen zu Genossenschaften der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

4. Abs. 2 mit §§ 24, 71. BayObLG., R. **04** 171 Nr. 853. Die Herbeiführung der Eintragung einer von dem Gläubiger eines Genossen ausgeübten Kündigung in die Liste der Genossen bildet eine Angelegenheit der Genossenschaft, nicht des Gläubigers.

5. KGJ. **28** A 241, OLG. **10** 244, ZBlFG. **5** 803, BauersZ. **12** 210 (KG.). Behufs Eintragung einer Gesellschaft mbH. in die Liste der Genossen zufolge Beitrittserklärung zur Genossenschaft hat der Registerrichter die Legitimation derjenigen Personen nicht zu prüfen, welche die Beitrittserklärung namens der Gesellschaft in der Form des § 35³ GmbHG. unterzeichnet haben.

6. Abs. 3. **RG.** (VZ.) **57** 292 ff., SeuffA. **60** 112. Ebenso **RG.** JW. **05** 92, R. **05** 651 Nr. 2739. Die Eintragung in die Liste der Genossen, die nach § 15 die Mitgliedschaft entstehen läßt, kann von dem Eingetragenen, wenn die zugrunde liegende Beitrittserklärung seinem Willen entspricht, nicht mit der Behauptung angefochten werden, daß er zur Abgabe dieser Erklärung durch eine von der Genossenschaft zu vertretende arglistige Täuschung bestimmt worden sei.

7. **RG.** **60** 409 ff., JW. **05** 406, ZBlFG. **6** 236. Nach Abs. 3 entsteht die Mitgliedschaft des nach der Anmeldung des Statuts zum Genossenschaftsregister Beitretenden nicht schon allein durch seine Eintragung in die Liste der Genossen, sondern erst in Verbindung mit der Beitrittserklärung und deren Einreichung durch die Eintragung, welche auf Grund der Erklärung und deren Einreichung stattfindet. Für den Erwerb der Mitgliedschaft besteht also eine doppelte Voraussetzung: die formelle der Eintragung und die materielle der Aufnahme des Beitretenden in die Genossenschaft durch den mit demselben abgeschlossenen Vertrag. Eine besondere Nachweisung für den Aufnahmevertrag verlangt das Gesetz aber nicht; es bringt damit zum Ausdrucke, daß es auf die internen Voraussetzungen nicht ankommen solle, sondern daß alle Mängel des Vertrags, welche durch die gesetzliche Vertretungsmacht des Vorstandes gedeckt werden könnten, auch wirklich gedeckt seien. Deshalb entsteht die Mitgliedschaft auch dann, wenn der Beitretende die vom Statut für die Aufnahme geforderten Eigenschaften nicht besitzt.

§ 16. 1. Marcus, Holdheims MSchr. **04** 57, bejaht die Frage, ob Satzungsänderungen durch andere Organe als die Generalversammlung zulässig sind.

2. **RG.** **60** 409, R. **05** 436, JW. **05** 407. Hat die Generalversammlung einer Genossenschaft die Erhöhung eines Geschäftsanteils unter Verletzung der Majoritätserfordernisse beschlossen, so kann die Ungültigkeit des Beschlusses nur auf dem Wege der Anfechtung nach § 51 GenG. geltend gemacht werden.

§ 18. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 292. Durch das Genossenschaftsstatut begründete Ansprüche können durch dieses rechtswirksam für unveräußerlich und unverpfändbar erklärt werden.

§ 22. OLG. **10** 246 (KG.). Auch nach erfolgtem Ausscheiden (§ 73) kann ein Genosse nicht gegen Einzahlungen auf den Geschäftsanteil aufrechnen.

§ 24. 1. R. **05** 257 Nr. 1230 (Frankfurt). Es genügt nicht, wenn nur ein Vorstandsmitglied eine Erklärung abgibt und die Zustimmung des anderen ein Internum der Kollektivberechtigten bleibt. Andererseits ist nicht erforderlich, daß die Vorstandsmitglieder den Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit vornehmen. Eine nachträgliche Zustimmung eines Vorstandsmitglieds zu der von einem anderen Mitgliede abgegebenen Erklärung dem anderen Kontrahenten gegenüber ist ausreichend, sofern sie eine Mitwirkung bei dem Rechtsakt in sich schließt. Ebenso **RG.** JW. **05** 527.

2. Vgl. auch Ziff. 1 zu § 25.

§ 25. 1. SchlHolstAnz. **05** 161 (Kiel). Wenn ein Teil der Gesamtvertreter die Annahme eines der Genossenschaft gemachten Vertragsantrags erklärt, so ist diese Erklärung der Ergänzung durch das Hinzutreten einer gleichartigen dem Vertragsgegner gegenüber abzugebenden Erklärung der noch unbeteiligt gebliebenen Gesamtvertreter fähig.

2. Parisius-Crüger (4) 264, Birkenbihl-Maurer 163. Die im Abs. 2 verlangte Namensunterschrift kann nicht durch auf lithographischem Wege hergestellte Nachbildungen bzw. Abdrücke ersetzt werden.

§ 27. PosMSchr. **04** 143, ZBlFG. **5** 394 (LG. Stolp). Erklärt der Genossenschaftsvorstand eine Auflassung, so hat der Grundbuchrichter nicht zu prüfen, ob er durch einen ordnungsmäßigen Generalversammlungsbeschluß dazu ermächtigt ist. Selbst wenn die Satzung einen solchen Beschluß für derartige Geschäfte erfordert, hat diese Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Vorstandes doch keine Wirkung Dritten gegenüber.

§ 33. 1. **RG. 56** 425 ff., R. **04** 144, ZBlFG. **4** 706, RJA. **5** 52, JW. **04** 153 (gegen KG. JDR. **2** Ziff. 3 zu § 33). In der nach Abs. 2 vorgeschriebenen Veröffentlichung des Mitgliederbestandes sind diejenigen Mitglieder, die im abgelaufenen Jahre gestorben sind, nicht mehr mitzuzählen. Der Ausdruck „am Jahresschlusse" geht nicht auf einen noch diesem Jahre angehörenden Zeitraume, sondern auf den einheitlichen, unmeßbaren Zeitpunkt, in welchem das Jahr bereits zu seinem Ende gelangt ist, um sofort und ohne Unterbrechung in ein neues Jahr überzugehen. Es ist der Zeitpunkt, in welchem alle Ereignisse des eben abgelaufenen, und noch keines des neu beginnenden Jahres ihre Wirkungen ausüben. Bei Angabe des Bestandes der Mitglieder, die „am Jahresschlusse der Genossenschaft angehören", sind daher auch diejenigen ausgeschiedenen Mitglieder nicht mitzuzählen, deren Ausscheiden erst „zum Schlusse" des Geschäftsjahrs (§§ 65, 67, 68) oder, wie es im § 77 für den Fall des Todes heißt, „mit dem Schlusse" des Geschäftsjahrs erfolgt ist (**RG.** a. a. O. 429).

2. Vgl. Ziff. 1 zu § 83. Die Anwendbarkeit des Abs. 2 hört wegen der Auflösung der Genossenschaft nicht auf.

§ 34. 1. Abs. 2. **RG. 59** 50. Der Vorstand einer Genossenschaft steht nur zu dieser, welche ihn bestellt hat, nicht zu deren einzelnen Mitgliedern in einem Vertragsverhältnisse.

2. **RG.** JW. **05** 697. Ein vorher oder nachher erklärtes Einverständnis des Aufsichtsrats oder der übrigen Vorstandsmitglieder hebt die Verantwortlichkeit eines Vorstandsmitglieds für die von ihm als solches begangenen statutenwidrigen Handlungen nicht auf. Dagegen kann ein Entlastungsbeschluß einer Generalversammlung von dieser Haftung befreien. Vgl. **RG.** u. zu § 44.

3. OLG. **8** 262 (Posen). Allerdings besteht keine abstrakte Haftung sämtlicher Vorstandsmitglieder gegenüber den durch Pflichtversäumnis einzelner Mitglieder des Vorstandes geschädigten Genossen, wie auch die Haftung der Genossenschaft gegenüber nur die pflichtsäumigen Vorstandsmitglieder trifft; aber das bloße Nichtwissen von Pflichtverletzungen einzelner Vorstandsmitglieder entlastet die anderen dann nicht, wenn sie eine ihnen obliegende Mitwirkung, insbesondere eine Kontrollpflicht, unterlassen haben. So müssen über die von Genossen zum Zwecke ihres Austritts eingereichten Kündigungen alle Vorstandsmitglieder unterrichtet sein.

§ 43. 1. OLG. **10** 246, SeuffA. **60** 234 (Kassel). Die statutenmäßigen Voraussetzungen eines Generalversammlungsbeschlusses müssen im Protokolle festgestellt sein; eine Beweiserhebung durch Zeugenvernehmung hierüber ist unstatthaft.

2. RJA. **4** 214, MecklZ. **23** 39, R. **05** 54 (Rostock). Generalversammlungen der Genossenschaft büßen ihren Charakter als Generalversammlungen noch

nicht dadurch ein, daß sie nicht stimmberechtigte Personen als stimmberechtigt ansahen und an der Beschlußfassung teilnehmen ließen. Beschlüsse solcher Generalversammlungen sind jedenfalls dann nicht ungültig, wenn die Teilnahme der Nichtmitglieder auf das Ergebnis ohne Einfluß war.

§ 44. **RG.** R. **05** 624, JW. **05** 697. Generalversammlungsbeschlüsse, durch welche zukünftige statutenwidrige Handlungen des Vorstandes im voraus genehmigt werden, widersprechen der öffentlichen Ordnung und sind daher rechtsunwirksam; bezüglich bereits vorgenommener statutenwidriger Handlungen hat ein Entlastungsbeschluß nur dann die Entlastung des Vorstandes zur Folge, wenn er in Kenntnis der Statutenwidrigkeit gefaßt worden ist. Vgl. o. zu § 34 Ziff. 2.

§ 46. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 244. Die Angabe in der Tagesordnung „Ausschließung von Genossen" genügt auch dann, wenn es sich nur um die Ausschließung eines Genossen handelt und dieser Aufsichtsratsmitglied ist.

§ 51. 1. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 244, DNotV. **05** 665, PosMSchr. **05** 112, R. **05** 651 Nr. 2741. Der Widerspruch gegen einen Generalversammlungsbeschluß ist rechzeitig eingelegt, wenn er auch erst nach Erschöpfung der Tagesordnung und von einem erst dann erschienenen Genossen aber vor Schluß der Generalversammlung zu Protokoll erklärt ist.

2. **RG.** **60** 409, JW. **05** 406, R. **05** 436, ZBlFG. **6** 236. Hat die Generalversammlung die Erhöhung des Geschäftsanteils unter Verletzung der Majoritätserfordernisse beschlossen, so ist die Ungültigkeit nur auf dem Wege der Anfechtung nach § 51 geltend zu machen.

3. DJZ. **06** 268 (Dresden). Wenn durch Beschluß der Generalversammlung, der statutenmäßig die Entschließung über Ausschließungen zusteht, ein Mitglied einer EGmbH. ausgeschlossen ist und dieses nicht zu Protokoll Widerspruch gegen den Beschluß erklärt hat, ist seine Klage auf Aufhebung abzuweisen. Die nach § 51 für die Anfechtung aufgestellten formellen Beschränkungen finden auch auf die Anfechtung eines Ausschließungsbeschlusses Anwendung, da die Vorschrift den Zweck verfolgt, tunlichste Sicherheit dafür zu gewähren, daß nicht ein Zustand längerer Ungewißheit über die Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen eintreten kann.

§ 65. 1. S. Ziff. 1 zu § 33.

2. OLG. **9** 269 (KG.). Die GmbH. kann gegen den ausgeschiedenen Genossen nicht mehr einzelne Forderungen aus dem Genossenschaftsverhältnis erheben.

3. Bezüglich Abs. 2 vgl. zu § 66.

4. R. **05** 506 Nr. 2053, ZBlFG. **6** 346 (Jena). Das Verlangen des Registergerichts, daß der Genossenschaftsvorstand bei Austrittserklärungen von Ehefrauen in jedem Falle bestimmte Nachweise über die Wirksamkeit dieser Erklärungen vorzulegen habe, ist unbegründet.

§ 66. R. **04** 171 Nr. 854 (BayObLG.). Der Umstand, daß in Abs. 2 nur die Beifügung beglaubigter Abschriften des Schuldtitels und der Urkunden über die fruchtlose Zwangsvollstreckung vorgeschrieben ist, rechtfertigt nicht die Schlußfolgerung, daß die beglaubigte Abschrift des in den Händen des Gläubigers befindlichen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses von dem Vorstande beschafft werden müsse. Aus der Vorschrift des Abs. 2 ergibt sich vielmehr nur, daß die Rechtzeitigkeit der Kündigung (§ 65 Abs. 2) nicht von der Beibringung dieser Abschrift abhängt, weil der Vorstand von der Pfändung und Überweisung schon durch die Zustellung des Beschlusses Kenntnis erlangt hat.

§ 68. 1. **RG.** **57** 154 ff., JW. **04** 218, DNotV. **04** 440. Das Ausschließungsrecht ist dahin geregelt, daß bestimmte Gründe der Ausschließung gesetzlich festgelegt sind, daneben aber der Genossenschaft die Befugnis erteilt wird,

noch andere Ausschließungsgründe durch Statut festzusetzen. Eine weitergehende Autonomie ist der Genossenschaft auf diesem Rechtsgebiete nicht zugesprochen, insbesondere ist ihr nicht erlaubt, einem ihrer Organe durch Statut die Befugnis zuzuerkennen, einem Mitgliede mit der Wirkung den Ausschluß zu erklären, daß der Ausgeschlossene die Rechtmäßigkeit dieser Erklärung nicht bestreiten kann. Es kann also im Statute nicht rechtswirksam bestimmt werden, daß die Generalversammlung endgültig über die Ausschließung eines Mitglieds entscheidet, den Gerichten steht vielmehr auch in solchem Falle das Recht der Nachprüfung der sachlichen Voraussetzungen des Spruches der Generalversammlung zu.

2. Parisius-Crüger (4) 400, Birkenbihl-Maurer 282. Eine Zurücknahme der Ausschließung nach erfolgter Eintragung ist unzulässig.

§ 69. 1. **RG. 59** 49, R. **04** 553 Nr. 2381, JW. **04** 554. Der Vorstand ist zwar von Amts wegen verpflichtet, die Aufkündigung des Genossen dem Gerichte zur Liste der Genossen einzureichen; allein ein subjektives Recht auf diese Einreichung ist damit dem betreffenden Genossen, der zu dem Vorstande überhaupt in keiner vertraglichen Beziehung steht — vgl. o. zu § 34 —, nicht eingeräumt. Der Vorstand ist daher nicht auf Grund eines Vertragsverhältnisses für den Schaden haftbar zu machen, den ein Genosse dadurch erlitten hat, daß seine Aufkündigung vom Vorstande nicht rechtzeitig dem Gerichte eingereicht worden ist.

2. **RG. 59** 49 ff., R. **04** 553 Nr. 2381, JW. **04** 554. Die §§ 69, 70 wollen allerdings in erster Linie das Interesse der Genossenschaft und ihrer Gläubiger wahren, zugleich aber auch den Schutz des ausscheidenden Genossen bezwecken und fallen daher unter die vom § 823 Abs. 2 BGB. bezeichneten Gesetze. Der Vorstand einer eG., welcher die Aufkündigung eines Genossen nicht rechtzeitig dem Gerichte zur Liste der Genossen einreicht und dadurch den aufkündigenden Genossen schädigt, ist diesem daher zu außerkontraktlichem Schadensersatze verpflichtet.

3. R. **04** 171 Nr. 854 (BayObLG.). Die Beschaffung der der Aufkündigung bei der Einreichung beizufügenden Urkunden (vgl. § 66 Abs. 2) liegt nicht dem Vorstande der Genossenschaft, sondern dem kündigenden Gläubiger ob. Solange dem Vorstande diese Urkunden nicht zugegangen sind, hat er die Einreichung zu unterlassen.

§ 70. R. **05** 229 Nr. 1072 (Zweibrücken). Wird eine schriftlich eingereichte Austrittserklärung eines Genossen durch Verschulden der Genossenschaft nicht in die Liste eingetragen, so besteht zwar die Mitgliedschaft des Genossen formell fort, er kann jedoch den Beitragsansprüchen der Genossenschaft mit dem Einwande, daß seine Mitgliedschaft bei entsprechender Behandlung seiner Austrittserklärung erloschen wäre, erfolgreich begegnen.

§ 71. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 242. Der ordnungsmäßig ausgeschiedene Genosse kann, wenn die Genossenschaft später als 6 Monate nach seinem Ausscheiden in Konkurs fällt, von dem Konkursverwalter nicht mit der condictio indebiti wegen Unrichtigkeit der Bilanz, auf Grund deren die Auseinandersetzung mit ihm erfolgt ist, auf Erstattung des an ihn ausgezahlten Geschäftsguthabens und Leistung eines Beitrags zu dem Fehlbetrag in Anspruch genommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Bilanz auch nur dem damaligen Vorstande, nicht außerdem der Generalversammlung, bekannt war.

§ 73. 1. **RG.** R. **05** 436, Holdheims MSchr. **05** 242. Ein Anspruch gegen den ausgeschiedenen Genossen auf Rückzahlung des ihm auf Grund einer unrichtigen Bilanz ausgezahlten Geschäftsguthabens und auf Zahlung seines Anteils an dem nachträglich festgestellten Fehlbetrag ist nicht gegeben, wenn der

Vorstand die Auszahlung des Geschäftsguthabens in Kenntnis der Unrichtigkeit der Bilanz vorgenommen hat.

2. OLG. **10** 246 (KG.). Ein Genosse kann auch nach erfolgtem Ausscheiden nicht gegen Einzahlungen auf den Geschäftsanteil aufrechnen (§ 22 Abs. 3).

3. NaumburgAK. **04** 91, **05** 33 (Naumburg). Die Spareinlagen eines Genossen eines Sparvereins (nicht zu verwechseln mit seinem Geschäftsguthaben = dem satzungsgemäß auf den Geschäftsanteil eingezahlten Betrage) sind übertragbare Darlehnsforderungen an die Genossenschaft. Wenn sie auch erst beim Ausscheiden des Genossen realisierbar sind, so sind sie doch unbeschadet dieser der Forderung an haftenden Bedingtheit und Betagtheit abtretbar; der Zedent bleibt Genosse, bis er austritt, sein Perzipiendum aber steht dem Zessionar zu und die Genossenschaft ist, sobald sie von der Abtretung Kenntnis erlangt hat, daran gebunden.

§ 77. S. Ziff. 1 zu § 33.

§ 83. 1. OLG. **11** 37, RJA. **5** 248, R. **05** 444 Nr. 1814, ZBlFG. **6** 140 (KG.). Die Liquidatoren einer aufgelösten Genossenschaft haben an Stelle des Vorstandes die Bilanz und die Mitgliederbewegung des letzten Geschäftsjahrs zu veröffentlichen und die Bekanntmachung zum Genossenschaftsregister einzureichen. Ebenso Maurer-Birkenbihl (2) Anm. 3 zu § 75.

2. Parisius-Crüger (4) 450. Der Aufsichtsrat ist befugt, die Liquidatoren vorläufig ihres Amtes zu entheben, sofern sie nicht vom Richter bestellt sind.

§ 90. **RG.** JW. **06** 40, R. **06** 317 Nr. 857. Die Parteifähigkeit einer Genossenschaft kann auch nach der Vermögensverteilung noch fortbestehen. Der nach Abs. 3 als Aktivvermögen der Genossenschaft verbleibende Ersatzanspruch gegen ihre Liquidatoren und Aufsichtsratsmitglieder genügt, um dem Fortbestande der Parteifähigkeit die erforderliche Unterlage zu verschaffen.

Zu §§ 105—114. **RG.** **59** 67, JW. **05** 30, DJZ. **04** 1186, R. **05** 651 Nr. 2742. Der Konkursverwalter einer Genossenschaft mbH. kann den Anspruch gegen einen Genossen aus der Vorschußberechnung nicht an einen Dritten abtreten. Der Anspruch auf die im Nachschußverfahren von den Genossen zu leistenden Beiträge ist ein Bestandteil des Vermögens der Genossenschaft, der in seiner Entstehung durch den Eintritt des Konkurses bedingt und in seinem Umfange durch dessen Ausgang begrenzt erscheint, daher nur im Konkurse der Genossenschaft und in den in den §§ 105 bis 114 erschöpfend geregelten Formen zu realisieren ist. Die Vorschußbeiträge sollen nur zur Einziehung in die Konkursmasse und zur Verteilung an die Konkursgläubiger dem Verwalter bereit gestellt werden, die Forderung auf die Beiträge kann nur in der Person des Verwalters erfüllt werden.

§ 106. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 167. Im Konkursverfahren der Genossenschaft hat der Verwalter auch solche in der Liste der Genossen noch eingetragene Genossen als vorschußpflichtig in die Vorschußberechnung aufzunehmen, die klagend ihren rechtzeitigen Austritt aus der Genossenschaft geltend gemacht haben (§ 111), und zwar auch dann, wenn eine den rechtzeitigen Austritt betreffende Vormerkung in der Genossenschaftsliste eingetragen ist.

§ 137. Abs. 2. RJA. **6** 44, R. **05** 542 Nr. 2245, SeuffBl. **05** 395, ZBlFG. **7** 293 (BayObLG.). Bei Erwerb des Geschäftsguthabens eines ausscheidenden Genossen (bei einer eGmbH.), der auf mehrere Geschäftsanteile beteiligt war, durch eine Person, die an Stelle des Ausscheidenden Genosse werden und auf ebensoviele Geschäftsanteile beteiligt sein will, ist die Eintragung des neuen Genossen ohne eine schriftliche Erklärung des Vorstandes, daß die dem

letzten Geschäftsanteile vorangehenden Anteile des neuen Genossen erreicht seien, unzulässig.

§ 146. **RG.** R. 05 625. Ein Vorstandsmitglied, dem — gleichgültig, ob vor seiner Erwählung zum Vorstandsmitglied oder nachher — für das Zustandekommen eines Kaufvertrags mit der Genossenschaft vom Verkäufer eine Provision versprochen worden ist, handelt absichtlich zum Nachteile der Genossenschaft, wenn es den um den Betrag seiner Provision erhöhten Kaufpreis genehmigt, während, wenn es auf die Provision verzichtet hätte, der Kaufpreis entsprechend erniedrigt worden wäre.

§ 147. **RG.** (Strafs.) 37 434 f. „Verschleierung“ ist diejenige Art der Darstellung, welche die wahren Tatsachen undeutlich oder unkenntlich macht, und zwar dergestalt, daß dadurch eine unrichtige Beurteilung der Sachlage veranlaßt wird (vgl. Renaud, Aktiengesellschaften 623), eine Darstellung, welche ohne eine positive Unwahrheit oder ein Verschweigen erheblicher Tatsachen ein täuschendes Gesamtbild gibt, während eine „unwahre Darstellung“ dann vorliegt, wenn in der Bilanz unwahre Tatsachen angegeben werden.

§ 156. R. 06 192 Nr. 370 (BayObLG.). Gegen die von dem Registergerichte getroffene Auswahl des neben dem Reichsanzeiger zu bezeichnenden anderen Blattes, in dem die Eintragungen in das Genossenschaftsregister für kleinere Genossenschaften bekannt gemacht werden sollen, steht diesen ein Beschwerderecht nicht zu.

Gewerbeordnung.

Die GewO. ist in diesem Jahrgange zum erstenmal berücksichtigt worden. Obgleich dieses Gesetz zum großen Teile öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungs- und Strafrecht, enthält, ist es doch im ganzen Umfange bearbeitet worden, da ein Herauslösen der privatrechtlichen Teile sich nicht empfahl. Andererseits erschien es im Rahmen des Jahrbuchs nicht angemessen, auch die zahlreichen Nebengesetze und Verordnungen zur GewO. heranzuziehen. Vielmehr wurden nur diejenigen Schriften, Entscheidungen und Verfügungen berücksichtigt, welche eine Auslegung der GewO. selbst enthalten. Diese werden aus der Zeit vom 1. Januar 1900 ab gebracht.

Titel I. Allgemeine Bestimmungen.

Vorbemerkung: Im Vordergrunde standen die Entscheidungen zu §§ 1 und 6. Insbesondere die Befugnis der Polizeibehörden zur Anordnung von Einschränkungen des Gewerbebetriebs wurde durch viele Entscheidungen festgelegt. Auch die mit dem Eisenbahnbetrieb verbundenen Anlagen und Unternehmungen zeitigten mit Rücksicht auf die Exemtion der Eisenbahn von den Vorschriften der GewO. eine reichhaltige Rechtsprechung. — Literatur vgl. zu den einzelnen Stellen.

§ 1. 1. Begriff des Gewerbebetriebs. — **a)** DJZ. 01 416 (Braunschweig). Zur Gewerbsmäßigkeit eines Betriebs ist der Wille des Handelnden erforderlich, eine fortgesetzte, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit auszuüben. Auf diesen Willen kann aus der wiederholten Vornahme von Erwerbshandlungen, und zwar auch von bereits verjährten oder bestraften, geschlossen werden. — **b)** Weyr, JBl. 05 217 ff. (auf Grundlage des österr. Rechtes). Die Merkmale der Gewerbsmäßigkeit sind folgende: a) objektive: die Tätigkeit muß α. fortgesetzt oder dauernd, β. geeignet sein, durch Befriedigung fremder die eigenen Bedürfnisse zu befriedigen, γ. objektiv erlaubt sein; b) subjektive: die Tätigkeit muß α. in der Absicht des sie Betreibenden auf Erwerb gerichtet und β. selbständig sein. Selbständiger Gewerbetreibender ist derjenige, auf dessen Namen und Risiko ein Gewerbe betrieben wird. Der Pächter ist im Rechtssinne nicht selb-

ständiger Gewerbetreibender. — c) PrOVG. 38 92, GewA. 1 3. Der Gewerbebetrieb setzt voraus, daß tatsächlich die Absicht der Gewinnerzielung besteht, und zwar als Hauptzweck des Unternehmens. — d) KGJ. 21 A 75, GewA. 1 174. Ein Konsumverein, der nur an Mitglieder Waren verabfolgt, betreibt kein Gewerbe, da die Absicht der Mitglieder nicht auf Erschließung einer Einnahmequelle, sondern auf Verminderung der Ausgaben durch billigen Einkauf gerichtet ist. Dies gilt auch dann, wenn nach Deckung der Schulden, Verluste und Verwaltungskosten ein Überschuß als „Dividende" nach dem Verhältnisse der Warenentnahme unter die Mitglieder verteilt wird. — e) KGJ. 22 C 28, GewA. 1 193. Ein Gewerbebetrieb liegt auch dann vor, wenn die Erzielung eines dauernden Gewinns für eine andere physische oder juristische Person bezweckt ist. Ob der Gewinn im materiellen Interesse oder zu religiösen oder ethischen Zwecken verwendet wird, ist gleichgültig. Vgl. bezügl. wohltätiger Zwecke GewA. 2 56 (KG.), PrVerwBl. 24 166 (OVG.). — f) BayObLG. 10 190. Das Veräußern von Waren zu einem den wahren Wert erheblich überschreitenden Preise mit der Bestimmung, daß ein Teil des Erlöses — sei es eine Quote oder ein feststehender Betrag — zum Kirchenbau verwendet werden soll, stellt eine Verbindung von Sammlung und Gewerbebetrieb dar und unterliegt den polizeilichen Vorschriften über gemeinnützige öffentliche Sammlungen, z. B. Art. 52 BayPolStGB. — g) GewA. 1 198, PrVerwBl. 22 576 (PrOVG.). Eine Kirchengemeinde, welche für die Gräberpflege Gebühren in der Meinung erhebt, eine öffentliche Tätigkeit auszuüben und eine öffentliche Abgabe zu erheben, betreibt kein Gewerbe, auch wenn diese Meinung irrig ist; denn es fehlt ihr die Absicht, für eine privatwirtschaftliche Tätigkeit in einer vertraglichen Vergütung einen privatwirtschaftlichen Gewinn zu erzielen; anders, wenn die Gräberpflege über das Maß des für ein würdiges Äußere des Kirchhofs Notwendigen hinausgeht.

2. Nicht unter die GewO. fallende Gewerbebetriebe. BayObLG. 2 225. Die Urproduktion gehört nicht zu den Gewerben im Sinne der GewO., ebensowenig der Verkauf der selbstgewonnenen Erzeugnisse, wohl aber Großbetriebe im Bereiche der Landwirtschaft, bei denen die Handelstätigkeit überwiegt, z. B. Rübenzuckerfabriken, Molkereien, Branntweinbrennereien von großem Umfange, wenn zu den eigenen Rohprodukten noch fremde zugekauft werden. Ähnlich RG. (Straff.) 36 305, FischersZ. 28 179. — Bezüglich des Gartenbaues vgl. zu § 105.

3. Gewerbefreiheit; polizeiliche Einschränkungen. — a) SächsOLG. 22 120, Reger 22 297, BayAmtsbl. d. Min. d. Inn. 617 (BayObLG.); GewA. 3 190 (KG.); BayObLG. 4 391; BadRpr. 05 156 (VGH. Karlsruhe). § 1 Abs. 1 GewO. bezieht sich nur auf die Zulassung zum Gewerbebetriebe, aber nicht auf die Art seiner Ausübung. Also verletzt ein polizeiliches Verbot, Waren durch schulpflichtige Kinder austragen zu lassen, nicht das Prinzip der Gewerbefreiheit. Die Zulässigkeit solcher landesrechtlichen, vom öffentlichen Interesse gebotenen Polizeivorschriften über die Berufspflichten von Gewerbetreibenden bezüglich der Art der Ausübung des Gewerbes folgt aus § 144 GewO. SächsOLG. 22 120, GewA. 1 6. Vgl. aber KG. zu § 16. — b) FischersZ. 28 188 (Dresden). Polizeivorschriften, die auf sicherheits- und wohlfahrtspolizeilichen Gründen beruhen, sind, wenn sich ein Bedürfnis hierfür herausstellt, auch dann zulässig, wenn dadurch der Betrieb eines Gewerbes berührt wird. Dies folgt aus § 144 GewO. und § 8 der AVO. z. GewO. v. 28. 3. 92. — BadRpr. 05 156 (VGH. Karlsruhe). Auch wenn der Gewerbebetrieb dadurch behindert oder unrentabel wird. — c) SächsOVG. 2 238. Die gewerbliche Tätigkeit wird erst dann ein polizeilich unerlaubtes Verhalten, wenn die hierdurch verursachten Belästigungen das Maß überschreiten, welches die Allgemeinheit als unvermeidliche Folge des

gesellschaftlichen Beisammenlebens der Menschen ertragen muß (SächsOVG. 27. 4. 01, GewA. **1** 196) und zugleich eine Störung der öffentlichen Ordnung der Allgemeinheit enthalten. — **d)** PrOVG. **41** 322, GewA. **2** 1. Polizeiverordnungen, die gewerbliche Anlagen innerhalb eines gewissen Bezirks verbieten, insbesondere solche, die Gefahren, Nachteile oder Belästigungen für das Publikum herbeiführen können, sind rechtsungültig, weil sie das Reichsrecht verletzen (§§ 1, 16 GewO.), indem sie nur gewerbliche Anlagen, nicht Anlagen allgemein, ins Auge fassen. — GewA. **3** 177 (PrOVG.). Zulässig sind dagegen PolVO., welche Anlagen verbieten, die Gefahren für das Leben oder die Gesundheit des Publikums zur Folge haben. — **e)** RG. **48** 70, JW. **01** 334, GewA. **1** 389. Lokale Rechtsnormen, welche Gewerbebetriebe aller möglichen Arten aus baulichen Rücksichten aus einzelnen Ortsteilen verbannen, sind gültig. Desgl. das Verbot von Fabriken in bestimmten Stadtteilen (PrOVG., GewA. **3** 180). — **f)** KGJ. **21** C 141. Durch die GewO. sind die meldepolizeilichen Vorschriften nicht beseitigt. — **g)** Gew. A. **1** 239 (SächsOVG.). Die Theaterzensur wird durch den Grundsatz der Gewerbefreiheit nicht berührt; denn nur die Zulassung zum Gewerbebetriebe, nicht auch die Art seiner Ausübung, wird dort geregelt. — **h)** GewA. **2** 8 (PrOVG.). Die Polizeibehörde ist bei gewerblichen Anlagen, die bei der Errichtung noch nicht konzessionspflichtig waren, wie bei ungenehmigten befugt, die zur Durchführung des § 10 II. 17 ALR. erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Bei den im Konzessionsverfahren genehmigten gewerblichen Anlagen hingegen darf nur die Genehmigungsbehörde weitere Vorschriften erlassen. — **i)** Reger **22** 297 (Sächs. OVG.). Die Verwaltungsbehörde kann dem Gewerbetreibenden, dem nicht der Schutz der §§ 17—19a, 25 GewO. zur Seite steht, hinsichtlich der Art und Weise der Ausübung seines Gewerbes die weitestgehenden Beschränkungen auferlegen, auch gewisse Betriebseinrichtungen nach Befinden gänzlich untersagen. Die Verwaltungsbehörde muß jedoch, wenn sie Änderungen verlangt, diese selbst bezeichnen.

4. Vertragliche Einschränkungen der Gewerbefreiheit. Vgl. auch u §§ 133 f. — **a)** RG. JW. **01** 725. Ein Konkurrenzverbot unter selbständigen Kaufleuten ist dann als nicht gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen, wenn es die Erwerbsfähigkeit des sich dem Verbot Unterwerfenden nur beschränkt, nicht aber im ganzen oder in einzelnen Richtungen vernichtet. Eine zulässige Beschränkung liegt vor, wenn das Konkurrenzverbot zwar zeitlich unbegrenzt, räumlich aber auf eine Mittelstadt und 5meiligen Umkreis beschränkt ist. — **b)** RG. JW. **01** 333. Ein zeitlich und räumlich unbegrenztes Konkurrenzverbot bei qualitativer Beschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit des einen Kontrahenten ist dann ungültig, wenn diese Beschränkung als übermäßig erscheint, so daß dadurch die Erwerbsfähigkeit als aufgehoben anzusehen ist. — **c)** RG. **53** 154, GewA. **2** 12, **3** 2. Ein zeitlich und örtlich unbeschränktes Konkurrenzverbot kann rechtswirksam sein, wenn es nur eine Spezialität betrifft und dem Verpflichteten noch ein weites Feld für seine Fachtätigkeit bleibt. — **d)** RG. GewA. **2** 14: Ein Konkurrenzverbot für den ausscheidenden Gesellschafter widerspricht dem Prinzipe der Gewerbefreiheit nicht, wenn es örtlich und zeitlich beschränkt ist. — **e)** RG. **53** 186, JW. **03** Beil. 21. Die verträgsmäßige Vereinbarung zwischen dem Vorstand einer Stadtgemeinde und einem Schankwirte, wonach letzterer gegenüber der Stadtgemeinde im Interesse ihrer Angehörigen gewisse Beschränkungen in seinem Gewerbebetriebe eingeht, enthält keinen Verstoß gegen die Gewerbefreiheit. — **f)** BraunschwZ. **48** 96, GewA. **1** 10 (Braunschweig). Die Vermietung von Restaurationsräumlichkeiten als solchen verpflichtet den Vermieter bei Vermeidung der Schadensersatzpflicht, den Mieter nicht durch den Betrieb eines Konkurrenzgeschäfts in der Benutzung der Mieträume zu stören.

§ 6. 1. Arbeitspersonal. Burchardt, DJZ. **00** 263. Das Arbeitspersonal der im § 6 genannten Unternehmungen ist von dem Rechte der GewO. in bezug auf den Arbeitsvertrag nur ausgeschlossen, sofern die Unternehmung begrifflich nicht zu den Gewerben gehört, also z. B. nicht bei Eisenbahnen. Ebenso bezüglich der Eisenbahnen v. Schulz, SozPr. **11** 128 ff. u. 161 ff., bezüglich der im Gewerbebetriebe von Ärzten tätigen Personen v. Schulz, Medizin. Reform 1902 291 ff. und 301 ff., GewG. Berlin 56 ff. Dagegen hält Lotmar, Arbeitsvertrag 300, die GewO. allgemein für nicht anwendbar auf die Arbeitsverträge der im § 6 bezeichneten Gewerbetreibenden; ebenso bezüglich eines bei einem Zahnarzt angestellten Zahntechnikers GewG. **10** 180 (Hamburg).

2. Fischerei. **RG.** JW. **01** 211. Nach § 6 findet die GewO. ihrem ganzen Umfange nach auf die Fischerei keine Anwendung.

3. Advokatorische Praxis. **a)** GewA. **4** 431 (KG.). Advokatorische Praxis im Sinne des § 6 ist nur der Beruf der im Geltungsbereiche der GewO. amtlich zugelassenen oder angestellten Rechtsanwälte, nicht der Beruf ausländischer, im Inland ansässiger Advokaten. — **b)** SozPr. **15** 226 (PrMinJ.). Bahnwirtschaften, welche innerhalb der Bahnsperre liegen, oder bei denen ein Verkehr des nichtreisenden Publikums durch andere besondere Einrichtungen ausgeschlossen ist, sind als Teile der Eisenbahnunternehmung anzusehen, unterliegen daher gemäß § 6 nicht der GewO. und bedürfen keiner Konzession nach § 33 das. Alle übrigen Bahnhofswirtschaften sind, soweit sie dem Verkehre des nichtreisenden Publikums dienen, wie sonstige Schankwirtschaften zu behandeln und bedürfen der Konzession. — Die SozPr. **15** 226 bekämpft diese Bekanntmachung. Vgl. SozPr. **15** 326.

4. Eisenbahnunternehmungen. **a)** Bezirksausschuß Osnabrück, PrVerwBl. **26** 544, SächsMinInn. 18. 4. 05, FischersZ. **29** 173. Bahnhofswirtschaften fallen nicht unter § 33 GewO., da der Gewerbebetrieb der Eisenbahnunternehmungen sich auf dieselben mit erstreckt. — **b)** GewA. **2** 92, Ztschr. f. St. u. GemVerw. in Hessen **27** 44 (Köln); LG. Saarbrücken das. 93 bzw. 45; BadMinErl. 4. 10. 02, BadVerw. **35** 108; WürttJ. **14** 345 (Stuttgart); GewA. **3** 5, FrankfRundsch. **37** 93 (Frankfurt a. M.); GewA. **3** 4, **2** 553 (Naumburg); GewA. **2** 555 (KG.); BraunschwZ. **52** 123 (Braunschweig). Der Verkauf von Bonbons, Zigaretten, Streichhölzern, Eau de Cologne und anderen für Erfrischung und Annehmlichkeit des reisenden Publikums bestimmten Gegenständen auf Eisenbahnhöfen durch Automaten, mögen diese auch durch eine andere Firma und außerhalb der Bahnhofsperre betrieben werden, gehört zu dem Eisenbahnunternehmen und unterliegt nicht den Vorschriften der GewO., insbesondere über die Sonntagsruhe. — Entgegengesetzt BraunschwZ. **48** 135, GewA. **1** 476 (Braunschweig); ferner DJZ. **04** 550, FischersZ. **28** 66. — Immerwahr, DJZ. **05** 1130 bekämpft diese Entscheidungen; entgegengesetzt ferner ThürBl. **50** 217 (Jena); GewA. **2** 373, KleinbZ. **9** 658 (Frankfurt a. M.). Zum Betrieb eines Eisenbahnunternehmens gehört auch die Werkstätte für Reparaturen des Materials und Herstellung und Ausbesserung der im Betrieb erforderlichen Gerätschaften. Ebenso bei einer Straßenbahn: GewA. **10** 137 (Bielefeld), sowie bezüglich Kraftstationen: GewA. **4** 177, KGBl. **05** 67, FischersZ. **28** 370 (KG.).

5. Ausübung der Heilkunde. **a)** **RG.** (Strafs.) **37** 175. Die GewO. findet auf das untere Heilpersonal mit Ausnahme der Hebammen keine Anwendung, demnach auch nicht auf Masseure. Rechtsgültig ist eine Verordnung, welche allen von der amtlichen Prüfungskommission nicht approbierten Personen verbietet, sich „geprüfter Masseur" zu nennen. — GewA. **4** 523 (Hamburg). Durch die GewO. ist zwar die Ausübung der Heilkunde freigegeben; der Landesgesetzgebung bleibt es aber unbenommen, Vorschriften über Anstellung, Approbation und Be-

fugnisse des niederärztlichen Personals zu erlassen und Zuwiderhandlungen mit Strafe zu bedrohen. Auch das Strafverbot an das approbierte niedere Heilpersonal, andere als bestimmte zur Ausübung der Heilkunde gehörige Verrichtungen vorzunehmen, ist gültig und verstößt nicht gegen § 1 GewO., da ja die betr. Personen, wenn sie die Approbation zurückweisen und auf die Titelführung verzichten, die Heilkunde in vollem Umfange straffrei ausüben können. — **b)** Über die Gültigkeit der landesrechtlichen Vorschriften betr. das Spielen in auswärtigen Lotterien vgl. KGJ. **21** C 51, PrOVG. **40** 303, GewA. **1** 273.

Zu Abs. 2. KGJ. **30** C 33. Landesrechtliche Vorschriften, nach denen Hoffmannstropfen nur in Apotheken feilgehalten oder verkauft werden dürfen, sind ungültig. Der Umfang des Apothekenmonopols ist durch § 6 Abs. 2 in Verbindung mit den Kaiserlichen Verordnungen reichsrechtlich erschöpfend geregelt.

§ 7. MecklZ. **19** 18, GewA. **1** 28 (Rostock). Eine vor dem Jahre 1873 als Gegenleistung für die Aufhebung eines bestandenen Mahlzwanges versprochene dauernde Ablösungsrente muß auch nach jenem Zeitpunkte fortgezahlt werden. § 7 GewO. ist auf dieses Rechtsverhältnis nicht anwendbar, weil 1873 kein Mahlzwang mehr bestand.

Ziff. 2. **RG.** GewA. **1** 410. Realgewerbeberechtigungen sind die mit dem Besitz eines bestimmten Grundstücks verbundenen Befugnisse zur Ausübung eines Gewerbes. Zwangs- und Bannrechte sind die Befugnisse eines Gewerbeberechtigten, im Interesse seines Gewerbebetriebs von den Einwohnern eines Bezirks in Bezug auf den Gewerbebetrieb ein gewisses Tun oder Lassen zu fordern. Kraft einer ausschließlichen Gewerbeberechtigung kann man anderen den Betrieb eines bestimmten Gewerbes in einem Bezirke ganz oder teilweise untersagen oder sie darin beschränken.

Ziff. 6. **a)** FischersZ. **24** 128, GewA. **2** 207 (Dresden). Ziff. 6 untersagt alle für den Betrieb eines Gewerbes zu entrichtenden Abgaben jeder Art, abgesehen von den an Staat oder Gemeinde zu zahlenden Steuern. — **b)** SächsOVG. **3** 246. Unter den Abgaben im Sinne der Ziff. 6 sind nur solche verstanden, welche den Preis für die Erlaubnis zum Betriebe eines Gewerbes bilden; dagegen sind Abgaben, die nicht für die Zulassung zum Gewerbebetriebe, sondern für die Ausübung zu entrichten sind, gestattet. — **c)** **RG.** **49** 66, JW. **01** 756, GewA. **1** 602. Nur eine Abgabe, welche für den Betrieb eines Gewerbes erhoben wird in dem Sinne, daß zwischen der Zulassung zum Gewerbebetriebe und der Entrichtung der Abgabe ein Gegenseitigkeitsverhältnis besteht, ist durch § 7 Nr. 6 RGewO. verboten. Dagegen verliert eine Abgabe noch nicht ihren Charakter als echte Gewerbesteuer, wenn sie sozialpolitischen Zwecken dient, wenn sie z. B. zur Erleichterung anderer steuerpflichtiger Klassen verwendet wird. Vgl. SächsA. **11** 519 (Dresden).

§ 10. Abs. 1. **a)** R. **05** 363 Nr. 1659 (BayObLG.). Die Vereinbarung, daß ein von einer Bierbrauerei einem Bierwirte gegebenes Darlehn nur dadurch zu tilgen ist, daß der Wirt für jedes Hektoliter des aus der Brauerei bezogenen Bieres einen sog. Überpreis von 1,50 M. zahlt, und daß die Verpflichtung zum Bierbezuge deshalb so lange dauern soll, bis das Darlehn getilgt ist, verstößt weder gegen die guten Sitten, noch gegen §§ 8, 10 GewO. — **b)** SächsA. **14** 649 (Dresden). Die vertragliche Verpflichtung, während der Zeit eines Mietsverhältnisses alles Bier von der Vermieterin zu beziehen, verstößt nicht gegen § 10. — **c)** **RG.** Reger 3. ErgBd. 214. Wohl aber die Verpflichtung, daß der jeweilige Inhaber einer Schankwirtschaft auf die Dauer von 15 Jahren das Bier von einer bestimmten Brauerei beziehen muß, denn § 8 macht keinen Unterschied bezüglich der Dauer des Zwangsrechts. — **d)** **RG.** Reger, 3. ErgBd. 214. Unter den Zwangsrechten des § 10 sind auch diejenigen aus § 8 Ziff. 2 verstanden. — **e)** Vgl. a. BGB. § 138 Ziff. 9 IB zu a.

Abs. 2. **a)** BadVerwGH. f. BadVerw. **33** 117, GewA. **1** 211. Eine unerhebliche Erweiterung der Gastwirtschaftsräumlichkeiten wird von dem bestehenden Realwirtschaftsrechte gedeckt, begründet also nicht das Erfordernis einer besonderen Personalkonzession. — **b)** BadVerwGH. f. BadVerw. **36** 205. Eine wesentliche, also unzulässige Erweiterung der Realwirtschaft ist nur eine solche, durch welche entweder 1. ein zweiter, besonderer Wirtschaftsbetrieb auf dem Grundstück ermöglicht wird oder 2. bei welcher der bisher dem Wirtschaftsbetriebe gewidmete Platz in räumlicher Hinsicht nicht mehr den Hauptbestandteil der Wirtschaft bildet oder 3. durch welche die Art der Wirtschaft geändert wird, z. B. Singspielhalle an Stelle eines kleinen Gasthauses.

§ 12. BadRpr. **48** 20, GewA. **1** 414 (BadVerwGH.). Die Ausübung der Heilkunde ist freigegeben, und die Beilegung ärztlicher Titel ist untersagt. An diese Schranke ist die Polizeibehörde gebunden, sie kann also nicht einem Beamten die Ausübung der Naturheilkunde untersagen.

Titel II. Stehender Gewerbebetrieb.

I. Allgemeine Erfordernisse.

Vorbemerkung: Den breitesten Raum nehmen die Entscheidungen zu § 15a ein, unter denen wiederum diejenigen über den Begriff des offenen Ladens und über die Schreibweise des Namens hervorzuheben sind.

§ 14. 1. GewA. **2** 545 (KG.). § 14 schließt nicht die Befugnis der Polizei aus, eine Anmeldepflicht für sog. Kurpfuscher festzusetzen; denn § 14 bezieht sich, wie § 6 ergibt, nicht auf das Heilgewerbe.

2. Abs. 1. BayObLG. **2** 198, GewA. **2** 563. Unter „Anfangen des Gewerbebetriebs" ist jede Handlung zu verstehen, welche nach Art des im Einzelfalle gesuchten Erwerbes sich als Bestandteil der Erwerbstätigkeit darstellt, z. B. schon die Einlagerung und Kellerbehandlung des zu verkaufenden Mostes.

3. Abs. 2. GewA. **2** 380, GoltdA. **49** 356 (Celle). Auch Ansichtskarten sind Bilder im Sinne des § 14 Abs. 2. Jedoch ist der Handel mit Ansichtskarten seitens des Inhabers eines Vergnügungslokals kein von dem Wirtschaftsbetriebe getrennter Gewerbebetrieb.

§ 15. Abs. 2. GewA. **2** 564 (PrOVG.). Die Fortsetzung des Schankbetriebs kann auch dann polizeilich verhindert werden, wenn der Kreisausschuß vor Rechtskraft seines Urteils eine Konzessionsurkunde ausgehändigt hatte. Diese ist nur Beweismittel. — GewA. **2** 565 (PrOVG). Gegen den unbefugten Schankwirtschaftsbetrieb eines Vereins kann die Polizei nur durch Verhinderung des Betriebs einschreiten. Die Einforderung eines Mitgliederverzeichnisses ist dazu zwecklos und daher unzulässig.

§ 15a. 1. Allgemeines. GewA. **2** 96 (PrOVG.). Das Reichsgesetz steht nicht dem entgegen, daß die mißbräuchliche Führung amtlicher Titel seitens der Gewerbetreibenden auf Grund der Landesgesetze verhindert wird.

2. Begriff des offenen Ladens. DIZ. **01** 215, GewA. **1** 415 (KG.). Der Begriff des „offenen Ladens" setzt ein Parterre oder in einem höheren Stockwerk belegenes Geschäftslokal voraus, in welchem Waren feilgeboten werden und in welches jeder Kauflustige Einlaß erhält, wenn auch erst nach vorherigem Klingeln; die Kunden können sich aus der Bevölkerung im allgemeinen oder aus bestimmten Personenkreisen rekrutieren. Vgl. GewA. **2** 385 (KG.), BayObLG. (Strafs.) **3** 190, GewA. **3** 200.

3. Welcher Name muß angebracht werden? **a)** GewA. **2** 208 (KG.). Der Name desjenigen soll angebracht werden, dessen Geschäft in den Räumen betrieben, in dessen Namen dort mit dem Publikum kontrahiert wird, nicht der Name des Mieters des Lokals. — **b)** PosMSchr. **05** 57, R. **05** 257 Nr. 1231 (Posen).

Außer der kirchenbuchmäßigen (lateinischen) Form des Vornamens ist nur die deutsche Übersetzung auf dem Firmenschilde zulässig. — **c)** GoltdA. **49** 364, GewA. **2** 387 (Posen). Es muß der richtige Name, insbesondere der Vorname, so angegeben sein, wie er in dem Geburtsregister vermerkt ist; nicht eine Übersetzung. Vgl. dagegen GoltdA. **51** 72 (Marienwerder). Die Schreibart im Geburtsregister ist nicht maßgebend. — **d)** PrOVG. **43** 305, GewA. **2** 568. Die Bezeichnung „Hofbuchdruckerei" muß, falls der Inhaber nicht Hofbuchdrucker ist, auf Anordnung der Polizei selbst dann entfernt werden, wenn sie zur eingetragenen Firma gehört; das Firmenrecht muß gegenüber dem Rechte der Polizei zur Wahrung der öffentlichen Ordnung zurückstehen.

4. Art und Dauer der Anbringung. **a)** GewA. **4** 18 (KG.). Es genügt, daß der Name nur bei geöffnetem Geschäft lesbar ist. — **b)** BayObLG. (Straff.) **3** 190, GewA. **3** 200. Es muß dafür gesorgt werden, daß die Aufschrift so lange angeschlagen bleibt, als in dem Raume das Geschäft fortgeführt wird.

II. Erfordernis besonderer Genehmigung.

Vorbemerkung: Zu §§ 16 u. 25 ist die Arbeit von Jurisch über Luftrecht bemerkenswert, die, von einem Nichtjuristen verfaßt, den praktischen Gesichtspunkten zum Siege über die formalistischen verhelfen soll. Eine Entgegnung hat v. Landmann veröffentlicht. Die Judikatur ist äußerst reichhaltig. Den breitesten Raum nehmen die Entscheidungen zu § 33 ein. Aber auch die zivilrechtlichen Entscheidungen zu § 26 sind hervorzuheben.

Literatur: Arndt, VerwA. **10** 185. — Heinzmann, Deutsches Theaterrecht. München 1905. — Hörle, VerwA. **10** 375. — K. W. Jurisch, Das Luftrecht in der Deutschen Gewerbeordnung (Berlin 1905). — v. Landmann, HirthsAnn. **03** 641. — Olshausen, VerwA. **12** 583, PrVerwBl. **26** 265.

§ 16. 1. Allgemeines. **a)** KGJ. **23** C 14. Polizeiliche Verbote oder Beschränkungen, welche sich gegen den gewerblichen Betrieb als solchen richten, sind nur im Rahmen der GewO., insbesondere des § 16, zulässig. Vgl. hingegen RG. **48** 70 zu § 1. — **b)** BayObLG. **4** 23. Die im § 16 nicht aufgeführten Anlagen sind nicht jeder Prüfung der Behörde und jeder Einwirkung derselben in bau-, feuer- und gesundheitspolizeilicher Beziehung enthoben. — **c)** Jurisch, Luftrecht 38. Anlagen, die beim Inkrafttreten der GewO. schon bestanden haben, können nachträglich die Genehmigung nach § 16 erlangen und sich dadurch die Vorteile des § 26 verschaffen. — **d)** PrVerwBl. **21** 519, GewA. **3** 202 (PrOVG.). Kein polizeilicher Zwang zur Einreichung eines Genehmigungsgesuchs, sondern nur Anordnung der Wegschaffung oder Einstellung des Betriebs.

2. Wer hat die Genehmigung einzuholen? MecklZ. **21** 282, GewA. **3** 21 (Rostock). Die Genehmigung hat derjenige einzuholen, der die Anlage errichtet, mag er auch nicht selbst das Gewerbe betreiben wollen.

3. Genehmigungspflichtige Anlagen. **a)** MecklZ. **20** 322, GewA. **3** 20 (Rostock). Die „Anlage" braucht keine Baulichkeit zu sein, muß aber eine auf längere Dauer berechnete Einrichtung sein. — **b)** MecklZ. **23** 107 (Rostock). Wenn jemand auf einem größeren Grundstücke, das auch zu anderen Zwecken dient, einen Schuppen zum Trocknen und Einsalzen ungegerbter Tierfelle besitzt, so ist nur der Raum, auf dem sich der Schuppen befand, nicht aber das ganze Grundstück als Betriebsstätte anzusehen. — **c)** MecklZ. **20** 322, 323, GewA. **3** 20 (Rostock). Eine Anlage zur Herstellung eiserner Baukonstruktionen im Sinne des § 16 ist auch eine Anlage, in welcher eiserne Bauträger durch Abhauen auf Maß gebracht und zum Bau gebrauchsfähig gemacht werden. — **d)** SächsMinInn. 26. 3. 02, SächsWochBl. **02** 96, GewA. **1** 608. Auch kleine Preßlufthammer gehören zu den Hammerwerken im Sinne des § 16. — **e)** PrMinErl. 30. 6. 04,

PrMBlHandGewVerw. 349. Überwiegende Gründe sprechen dafür, daß die Königlichen Munitionswerkstätten nicht zu den nach § 16 genehmigungspflichtigen Anlagen gehören. — **f)** BayObLG. **2** 538. Kupferschmieden im gewerblichen Kleinbetriebe zählen nicht zu den Anlagen des Abs. 2.

4. Voraussetzungen und Modalitäten der Genehmigung. Prov. Ausschuß Starkenburg, Z. f. Städte- u. GemVerw. **27** 91, GewA. **2** 210. Zur Verweigerung der Konzession genügt die nahe Möglichkeit der Herbeiführung erheblicher Gefahren, Unausbleiblichkeit derselben wird nicht verlangt. — Über das Erfordernis der Bestimmtheit von Vorbehalten bei der Genehmigung vgl. BraunschwZ. **50** 21, GewA. **3** 206 (VerwGH. Braunschweig).

5. Wirkung der Genehmigung. Arndt, VerwA. **10** 185—196, bekämpft die Praxis des PrOVG. und begründet folgenden Grundsatz: Auch nach erteilter Konzession gemäß § 16 ist die Polizei berechtigt, einzuschreiten und neue Sicherungsmaßregeln zu verlangen, soweit es sich nicht um bloße Belästigungen, sondern um so schwerwiegende und dringende Nachteile und Gefahren handelt, daß ein polizeiliches Einschreiten unvermeidlich ist, es muß ferner eine Änderung eingetreten sein, sei es im Betriebe selbst, oder in der Technik, oder in der Umgebung des Betriebs.

§ 17. **a)** PrMinErl. 28. 5. 02, PrMBlHandGewVerw. 230. Die zur öffentlichen Auslegung bestimmten Zeichnungen und Beschreibungen brauchen diejenigen Angaben über Betriebseinrichtungen, deren Geheimhaltung der Antragsteller für erforderlich hält, nicht zu enthalten; diese Angaben können getrennt mitgeteilt und müssen von der Behörde geheimgehalten werden. — **b)** DJZ. **04** 1096 (SächsOVG.). Die Einwendungen sind nur gegen die geplante, nicht gegen die bereits ausgeführte Anlage zulässig.

§ 19. 1. SächsOVG. **6** 69. Durch § 19 ist ausgesprochen, daß alle gegen die beabsichtigte Anlage seitens der Widersprechenden erhobenen Einwendungen, soweit diese nicht bloß auf gewerbepolizeilichen Gründen beruhen, vom obrigkeitlichen Genehmigungsverfahren auszuschließen sind. Zu den letzteren gehören aber die Behauptungen, daß ein Flurstück, auf welches die fragliche Stauanlage sich mit erstreckt, im freien Eigentume des Widersprechenden sich befinde und daß der Genehmigung der Stauanlage seitens der Gewerbepolizeibehörde derjenige Vertrag entgegenstehe, den der Widersprechende mit dem Vorbesitzer des Flurstücks abgeschlossen habe.

2. Abs. 2. **a)** PrRekursbesch. 18. 1. 05, PrMBlHandGewVerw. 33. Einwendungen, welche auf die allgemeinen landesgesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse der Uferanlieger und Stauwerksbesitzer begründet sind, sind ebenso wie die aus dem Nachbarrechte hergeleiteten, nach Abs. 2 mit den Parteien zu erörtern. — **b)** BayVerwGH. **26** 126. Eine Beweislast des Unternehmers oder des Einsprechenden besteht nicht. Die Behörde hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Anlage erhebliche Gefahren rc. herbeiführen kann.

§ 20. **a)** SächsOVG. **3** 140. Der in Abs. 1 erwähnte erstinstanzliche Bescheid muß schriftlich sein. Der Rekursbescheid ist nicht notwendig endgültig, die Landesgesetzgebung kann weitere Rechtsmittel zulassen. Entgegengesetzt VerwGH. Stuttgart **15** 99. — **b)** BayVerwGH., Reger 3. ErgBd. 218. Aus der Rekursschrift muß ersichtlich sein, in welcher Beziehung der Rekurrent sich beschwert erachtet und welche Änderung des Bescheides er beantragt. — **c)** SächsMinInn. 7. 10. 03, SächsVBl. **03** 247. Der Rekurs hat nicht kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung, vielmehr richtet sich diese nach Landesrecht.

§ 23. Abs. 2. **RG. 46** 76, JW. **01** 11, GewA. **1** 34. Die Öffentlichkeit eines Schlachthauses bedingt dessen allgemeine Zugänglichkeit mindestens für diejenigen Personen in der Gemeinde, die das Metzgergewerbe betreiben; das

Schlachthaus braucht aber nicht im Eigentume oder Selbstbetriebe der politischen Gemeinde zu stehen, doch müssen die Gebühren für alle in Betracht kommenden Gewerbetreibenden gleichmäßig bemessen sein, oder es muß, falls eine Genossenschaft das Schlachthaus betreibt und den Genossen Vorzugsgebühren gewährt, der Beitritt zu dieser Genossenschaft allen Metzgern freistehen.

§ 24. MinErl. betr. Genehmigungsbedingungen für Dampfkesselanlagen v. 10. 8. 04, PrMBlHandGewVerw. 482.

§ 25. 1. Begriff der wesentlichen Veränderung. **a)** Z. f. Staats- u. GemVerw. in Hessen **26** 27, GewA. **1** 423 (Darmstadt). Nur eine wesentliche Veränderung der Betriebsstätte bedarf, wie aus § 147[2] GewO. erhellt, der Genehmigung; wesentlich sind nur diejenigen Änderungen, welche im Hinblick auf die durch § 16 zu schützenden Interessen der Nachbarn und des Publikums von Bedeutung und nicht ganz geringfügig sind. (Ähnlich BayObLG. (Strafs.) **1** 356, GewA. **2** 230.) Betriebsstätte im Sinne der GewO. ist nicht bloß das eigentliche Fabrikationsgebäude, sondern alle geschlossenen und offenen Räumlichkeiten, alle Bestandteile einer genehmigungspflichtigen Anlage, alle Einrichtungen, mit deren Hilfe die unmittelbaren Zwecke der Anlage erreicht werden sollen. — **b)** Frankf. Rundsch. **35** 33, GewA. **1** 226, Reger **22** 192 (Frankfurt). Eine wesentliche Veränderung in der Betriebsstätte oder in dem Betriebe ist jede für das Wesen der Sache, d. h. gegenüber der tatsächlich erteilten Konzession und ihrer erfolgten Begrenzung objektiv erhebliche Veränderung, gleichviel welche Rücksichten durch die Konzessionsbegrenzung verfolgt waren und durch die Veränderung betroffen werden können. — Sobald dagegen die Anlage den Charakter einer anderen, neuen Anlage erhalten hat, liegt nicht eine veränderte, sondern eine neue Anlage vor. — Ähnlich v. Landmann, HirthsAnn. **03** 641 ff., welcher eingehend Stellung nimmt gegen Jurisch, Luftrechtl. Studie zu § 25 GewO. in „Die chemische Industrie" **03** Heft 7 u. 8, Luftrecht 93 ff. (mit vielen Beispielen): Gewerberechtlich wesentlich sind nur solche Veränderungen, welche neue oder größere Nachteile, Gefahren oder Belästigungen im Sinne des § 16 Abs. 1 herbeiführen können. — 112 ff.: § 25 Satz 4 hat nur Fälle im Auge, in denen für eine gewerberechtlich unwesentliche Änderung die Genehmigung nachgesucht wird; vorgeschrieben ist aber die Nachsuchung der Genehmigung für die im Satz 4 bezeichneten Änderungen nicht, auch wenn sie von der Polizei verlangt werden.

2. Einzelne Fälle wesentlicher Veränderung. **a)** GewA. **3** 550, FischersZ. **28** 175, 328 (PrOVG.). Eine nicht unerhebliche Vergrößerung der dem bisherigen Betrieb dienenden Räumlichkeiten, die gleichzeitig zu einer Entlastung und einer teilweise anderen Benutzung derselben für den Betrieb führt, ist eine wesentliche Veränderung. Ob die Fabrikanlage durch den Bau eine Besserung hinsichtlich ihrer schädlichen Einwirkungen erfährt, ist dabei unerheblich. — **b)** SächsOVG. **5** 317. Wird auf dem Grundstück einer unter § 16 fallenden Anlage ein Fabrikgebäude errichtet, welches zur Aufnahme eines hiervon unabhängigen, völlig selbständigen und nicht genehmigungspflichtigen Betriebes bestimmt ist, so kann von einer nach § 25 zu beurteilenden Änderung der Betriebsstätte keine Rede sein, denn der Ausdruck „Betriebsstätte" ist nicht gleichbedeutend mit „Grundstück, auf dem sich die gewerbliche Anlage befindet". — **c)** GewA. **2** 403 (PrOVG.). Der Anbau eines großen Lagerschuppens an eine Fabrik od. dgl. stellt eine wesentliche Veränderung der Betriebsstätte dar; auch eine Verkleinerung der Betriebsstätte kann eine wesentliche Veränderung bedeuten. — Ebenso bei einer Anstalt zum Trocknen und Einsalzen ungegerbter Tierfelle: PreußOVG. **42** 276, GewA. **2** 408. — **d)** PrMinErl. 12. 5. 02, PrMBlHandGewVerw. 205. Die Anbringung rauchvermindernder Feuerungseinrichtungen bedarf nur dann einer Genehmigung nach § 25, wenn dadurch wesentliche Änderungen der Bauart oder des Betriebs

des Kessels herbeigeführt werden. — **e)** GewA. **4** 540 (PrOVG.). Herstellung eines dritten Schmelzofens und eines dritten Säurebades in einer Verzinkerei unter Beseitigung des Meisterzimmers und des Kleider- und Baderaumes stellt eine wesentliche Veränderung, wenn auch nicht im Betriebe, so doch der Betriebsstätte dar. — **f)** GewA. **1** 619 (PrOVG.). Die Verwendung eines anderen Materials begründet für sich allein noch keine wesentliche Änderung einer Stauanlage. — **g)** GewA. 3 217, PrMBlHandGewVerw. **03** 256 (PrOVG.). Die Ersetzung von Wasserrädern einer Stauanlage durch Turbinen ist eine wesentliche Änderung.

§ 26. a) Linckelmann, Zur Auslegung des § 26 GewO., ABürgR. **24** 238 bis 243. § 26 verändert nur den Gegenstand des negatorischen Unterlassungsanspruchs; er berührt nicht den negatorischen Anspruch auf Beseitigung des dem Eigentume widersprechenden und auf Herstellung des früheren Zustandes; andererseits ändert er nichts an den Voraussetzungen des negatorischen Unterlassungsanspruchs, erfordert also auch keine subjektive Verschuldung des Störers. Die Schadloshaltung aus § 26 bezieht sich aber nur auf Gegenwart und Zukunft, wie der Unterlassungsanspruch. — Ebenso bezüglich des Verschuldens Kretzschmar, SächsA. **12** 411 f., 653, welcher aber 654 den Anspruch auch für einen in der Vergangenheit schon entstandenen Schaden gibt. — **b)** RG. JW. **05** 503, R. **05** 506 Nr. 2054. Die Schadensersatzklage ist allerdings nicht an die Voraussetzung eines Verschuldens gebunden. Dies gilt aber nur, soweit sie die Klage auf Einstellung des Betriebs vertritt, und darum nicht, soweit ein Ersatz für Schäden verlangt wird, die schon in der Vergangenheit liegen, also mit der Klage auf Einstellung des Betriebs auch nicht verhindert worden wären. — **c)** RG. **47** 98, JW. **01** 11, GewA. **1** 38. § 26 gewährt eine Schadensersatzklage auch für solche Fälle, in denen nach den bestehenden Rechten nur eine Klage auf Einstellung des Gewerbebetriebs gegeben wäre, und zwar an Stelle dieser. — **d)** R. **03** Nr. 2887 (Colmar). § 26 bezieht sich nur auf diejenigen Anlagen, welche nach §§ 16, 24 GewO. einer behördlichen Genehmigung bedürfen und sie nach stattgehabtem Ermittlungsverfahren erlangen. — **e)** RG. GruchotsBeitr. **46** Beil. 999, JW. **01** 845, GewA. **2** 231. Nicht der klagende Nachbar hat die herzustellenden Einrichtungen zu bezeichnen, sondern der Beklagte hat die dienlichen Einrichtungen zu treffen und ist in deren Auswahl nicht beschränkt. Ebenso Hörle, VerwA. **10** 375. — **f)** Hörle, VerwA. **10** 375. Erst wenn der Betriebsunternehmer die Unmöglichkeit oder Unausführbarkeit der entsprechenden Einrichtungen nachgewiesen hat, braucht sich der Eigentümer des Nachbargrundstücks zur Geltendmachung der Geldentschädigung herbeizulassen. — **g)** RG. JW. **00** 840. Eine Verurteilung, Vorkehrungen zu treffen, welche geeignet sind, gewisse (näher bezeichnete) Einwirkungen von einem (näher bezeichneten) Nachbargrundstück abzuhalten und nur für den Fall der Unmöglichkeit solcher Vorkehrungen oder ihrer Unvereinbarkeit mit einem ordnungsmäßigen Fabrikbetriebe (durch den Beklagten) dem Kläger Schadensersatz zu leisten, ist auch unter dem BGB. in dieser allgemeinen Fassung statthaft. — **h)** Hörle, VerwA. **10** 375. Der Betriebsunternehmer braucht nicht zu gestatten, daß der Besitzer des benachbarten Grundstücks seine Anlagen betritt oder untersucht oder Arbeiten darin vornimmt. — **i)** RG. **49** 86, JW. **01** 805. Zu einer Stauanlage gehört nicht nur das Stauwerk, sondern auch das ganze System von Wasserläufen, denen das Stauwerk dient, und das Wassertriebwerk. Stauanlagen sind an sich nicht schon gewerbliche Anlagen, sie werden es aber dadurch, daß sie einer gewerblichen Anlage zu dienen bestimmt sind. Alsdann genießen sie auch die Vorrechte aus § 26 GewO.

§ 27. PrRekursbesch., PrMBlHandGewVerw. **05** 53. Wenn die Polizeiverwaltung die nachgesuchte Bauerlaubnis erteilt hat, obgleich der Unternehmer die Errichtung der ein ungewöhnliches Geräusch verursachenden Anlage angezeigt hat,

ist es nicht zulässig, die Vorschriften des § 27 noch nachträglich in Anwendung zu bringen.

§ 29. **a**) Über die Freigabe der Heilkunde vgl. BadVerwGH. zu § 12. **b**) LG. u. OLG. Hamburg, HansGZ. **04** Beibl. 89. Durch Approbation als Arzt, Zahnarzt ꝛc. erlangt man ein Privatrecht auf diese Bezeichnung und kann daher gegen eine Behörde, welche durch eine Verfügung oder Maßregel dieses Recht verletzt, nach dem Hamburgischen Ges. betr. d. Verh. der Verwaltung zur Rechtspflege im ordentlichen Rechtswege klagen. Eine solche Verfügung oder Maßregel liegt aber nicht vor, wo es sich nur um eine Meinungsäußerung der Behörde handelt, daß die Führung der Bezeichnung unzulässig sei, sofern die Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung keine rechtlichen Folgen für den Privaten hat. — **c**) PrVerwBl. **22** 168, GewA. **4** 197 (PrOVG.). Wer die Approbation als Apotheker erlangt hat, ist zwar an sich befugt, sich als solcher zu bezeichnen; er darf aber als Drogenhändler hiervon nicht in einer Weise Gebrauch machen, die geeignet ist, den Irrtum zu erregen, seine Drogenhandlung sei eine Apotheke. — **d**) BayObLG. **3** 35, Reger **23** 196, GewA. **2** 580. Eine Verordnung, welche Bezeichnungen verbietet, die den Anschein erwecken, daß es sich um einen Apothekenbetrieb handelt, ist rechtsgültig; denn der § 29 GewO. gewährt nicht die Berechtigung zur Führung des Titels Apotheker, insbesondere nicht bei jedem Geschäftsbetriebe. — **e**) VerwGH. Karlsruhe, BadRpr. **03** 117, ZfBadVerw. **35** 204, GewA. **3** 221. Es ist jedoch Tatfrage und im einzelnen Falle zu prüfen, ob ein solcher Irrtum erzeugt werden kann.

§ 30. Abs. 1. 1. BraunschwZ. **04** 14 (Braunschweig). Zu einer Anstalt der im § 30 aufgeführten Art gehört nur die Bereitstellung von Räumen, welche Kranke, Schwangere oder Irrsinnige überhaupt — nicht bloß einzelne bestimmte Personen dieser Art — aufzunehmen geeignet sind. Großbetrieb ist nicht erforderlich, ebensowenig technische Einrichtungen.

2. Begriff der Privatkrankenanstalt. **a**) Veröff. d. Kais. GesundhAmts **27** Beil. zu Nr. 16, 122, GewA. **2** 285 (KG.). Eine Privatkrankenanstalt im Sinne des § 30 ist eine auf gewisse Dauer berechnete Einrichtung, bei welcher Kranke in bestimmten, dazu hergestellten Räumen Behandlung ihrer Leiden oder Pflege, oder beides zugleich in der Weise finden, daß ihr Aufenthalt in jenen Räumen eine gewisse Dauer erreicht (ob Betten vorhanden sein müssen, wird nicht entschieden). Ähnlich BayVerwGH. Reger 3. ErgBd. 7, GewA. **4** 433. — **b**) GoltdA. **49** 348, GewA. **2** 414 (Celle); FischersZ. **26** 85, GewA. **3** 36, SächsOLG. **25** 122, GewA. **3** 398 (Dresden). — Zum Begriff einer Privatkrankenanstalt gehört es, daß Räume vorhanden sind, in denen Kranke, wenigstens tagsüber, wenn auch nicht unausgesetzt, untergebracht werden. — **c**) Reger 3. ErgBd. 225 (VerwGH. Braunschweig). Eine Anstalt, in welcher die Heilung von in Pension genommenen Kranken durch Bäder u. dgl. betrieben wird, ist eine Privatkrankenanstalt. — **d**) PrMinErl. 12. 2. 03, MinBlfMed. **03** 83. Genesungsheime mit Arbeitsgelegenheit unterliegen dann den Vorschriften über Krankenanstalten, wenn die Pfleglinge nicht schon völlig genesen, sondern noch in der Rekonvaleszenz sind.

3. HessMinInn. 7. 10. 02, ZfStGemVerw. in Hessen **27** 121. Ein Krankenhaus, das nicht als Erwerbsgeschäft, sondern lediglich als Wohltätigkeitsanstalt betrieben wird, bedarf keiner Konzession.

4. GewA. **2** 411 (PrOVG.). Bei dem Antrag auf Genehmigung einer Privatentbindungsanstalt ist genau anzugeben, wie das Gebäude nach den maßgebenden Bestimmungen der Medizinalaufsichtsbehörde im einzelnen eingerichtet werden soll.

5. Zu lit. a. **a**) GewA. **1** 627 (PrOVG.). Unzuverlässig im Sinne der lit. a ist ein Unternehmer nicht wegen bloß objektiver Übertretungen polizeilicher Verbote, wenn er es nicht an der nötigen Vorsicht hat fehlen lassen. Aber nicht jeder Irrtum kann ihm als Laien als Beweis mangelnder Vorsicht zugerechnet werden. — **b**) GewA. **3** 223 (PrOVG.). Die zu erfordernde Zuverlässigkeit besteht auch in der allgemeinen Zuverlässigkeit des Charakters, sog. bürgerlichen Unbescholtenheit, jedoch immer nur in Beziehung auf die Leitung oder Verwaltung der Anstalt.

6. **a**) Über die gesundheitspolizeilichen Anforderungen im Sinne der lit. b vgl. GewA. **1** 625 (PrOVG.) — **b**) GewA. **1** 429, 253 (PrOVG.). Bei Konzessionierung von Krankenanstalten ist die ganze Anstalt, auch mit Bezug auf ihre örtliche Lage, vom Standpunkte der Gesundheitspolizei darauf zu prüfen, ob dem Gesundheitsinteresse der Kranken genügt wird. Die Gefahr einer beträchtlichen Wertverminderung der benachbarten Grundstücke durch den Betrieb der Anstalt ist ein Grund für die Versagung der Konzession, nicht aber bloße Belästigungen der Nachbarschaft.

7. **a**) SächsOVG. **4** 235. Die Umgestaltung von Räumen eines Privatkrankenhauses bedarf der vorherigen Genehmigung der Behörde. — **b**) GewA. **1** 622 (PrOVG.). Wird eine private Irrenanstalt in eine Kranken- oder Entbindungsanstalt umgewandelt, so muß von neuem geprüft werden, ob bezügl. Person und Lokal die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis gegeben sind.

8. Abs. 2. BraunschwZ. **01** Beil. I 16, GewA. **1** 424 (VerwGH. Braunschweig). Die Vorschrift des Abs. 2 über die Anhörung der Ortspolizei- und Gemeindebehörden ist eine zwingende, wesentliche Vorschrift über das Verfahren. bei Verletzung ev. Aufhebung des Genehmigungsakts. Vgl. zu § 53.

9. Abs. 3. BayAmtsbl. **04** 206 (BayObLG.). Auch seitdem Frauenspersonen zu den medizinischen Prüfungen zugelassen werden, besteht für sie die Einschränkung der Gewerbefreiheit, daß sie zur gewerbsmäßigen Ausübung der Geburtshilfe des landesgesetzlichen Prüfungszeugnisses bedürfen.

§ 30a. 1. PrMinErl. v. 21. 5. 04, betr. die Ausführung des G., betr. den Betrieb des Hufbeschlaggewerbes, v. 18. 6. 84 (GS. 305), abgedruckt Pr. MBlHandGewVerw. 328.

2. PrMinErl., betr. Betrieb des Hufbeschlaggewerbes, v. 18. 1. 05, Pr. MBlHandGewVerw. 34.

§ 32. Vgl. Heinzmann, Deutsches Theaterrecht 29—33. — 1. PrOVG. **44** 344, GewA. **3** 230. Die Genehmigung kann nur für ein bestimmtes Unternehmen erteilt werden. — Es muß der Besitz der nötigen Mittel nachgewiesen werden; die allgemeine Bürgschaft eines Dritten reicht nicht aus.

2. PrOVG. **46** 339, GewA. **4** 391, DJZ. **05** 318. Wandertheater können nach § 32 konzessioniert werden, auch wenn bei ihnen ein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft obwaltet, da dies ja nach § 60d sogar für minderwertige Unternehmungen zugelassen ist. Der Nachsuchende genügt regelmäßig der gesetzlichen Forderung einer bestimmten Bezeichnung des Unternehmens, wenn er außer den den Kunstgattungen, denen dieses gewidmet ist, die Zahl der Mitglieder seiner Truppe und die Bezirke oder Orte, die besucht werden sollen, angibt. Die Theaterstücke braucht er nicht näher anzugeben. Einen Wandergewerbeschein braucht er nur, wenn ein höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft nicht obwaltet. — Heinzmann 32 hält den Wandergewerbeschein auch bei Vorliegen höheren Kunstinteresses für erforderlich. — Ulrichs, Selbstverwaltung **32** 737, stellt die Bestimmungen der GewO. über die Erfordernisse zum Betriebe des Gewerbes als Schauspielunternehmer im Umherziehen zusammen.

§ 33. 1. Köhne, Selbstverwaltung **32** 721. a) Gastwirtschaft betreibt, wer in offenem Lokale gewerbsmäßig Fremde beherbergt. Charakteristisch ist die Zugänglichkeit für jedermann. b) Schankwirtschaft betreibt, wer gewerbsmäßig Getränke zum Genuß auf der Stelle an jedermann (Fall der Regel) feilbietet. Der Schankraum braucht nicht geschlossen zu sein, auch dem Wirte nicht zur Disposition zu stehen. Auch nichtalkoholische Getränke gehören hierher. c) Kleinhandel betreibt, wer mit Branntwein oder Spiritus in Quantitäten unter $^1/_2$ Anker = 17,175 l handelt. d) Bahnhofswirtschaften unterstehen mindestens bezüglich der Konzessionierung der technischen Behörde. Hinsichtlich der Kontrolle (Polizeistunde) dürfte dies Tatfrage sein. e) Bezüglich der Bedürfnisfrage waltet pflichtmäßiges Ermessen. Verfasser behandelt ferner kurz Völlerei, räumliche Änderungen, Konzession der Witwe, Konzession bei besonderen Gelegenheiten.

2. Begriff der Schankwirtschaft. **a)** GewA. **1** 43, FischersZ. **23** 144 (Dresden); SeuffBl. **01** 167, GewA. **1** 246 (BayObLG.); BraunschwZ. **05** 123 (Braunschweig). Nach dem Sprachgebrauch und der Rechtsprechung ist unter Ausschänken zu verstehen das zum sofortigen Genusse stattfindende gewerbsmäßige Verkaufen von Getränken; erforderlich ist das Vorhandensein einer, wenn auch nicht dazu bestimmten oder eingerichteten Schankstätte, die der Wirt seinen Gästen zum alsbaldigen Verzehren der bei ihm entnommenen Getränke in einem irgendwie hergestellten räumlichen Zusammenhange mit der Verabreichungsstelle gewährt. Ähnlich BayObLG. (Strafſ.) **1** 41, GewA. **2** 236; BayObLG. (Strafſ.) **3** 182, **3** 282, GewA. **2** 239 bzw. 237. — GewA. **4** 395 (KG.). Zur Schankwirtschaft gehört, im Gegensatze zum Kleinhandel mit Branntwein, der Verkauf zum Genuß auf der Stelle, d. h. an einem Orte, der in räumlich nahem Zusammenhange mit der Schankstätte steht und der dem Ausschänker zur Verfügung steht. — **b)** BraunschwZ. **05** 123 (Braunschweig). Es ist nicht erforderlich, daß der Schankwirt das Recht hat, über die Schankstätte nach seinem Belieben zu verfügen. — GewA. **3** 407 (KG.), BayObLG. SeuffBl. **01** 166, BadRpr. **05** 140 (Karlsruhe). Es ist unerheblich, ob der Schankwirt die unbeschränkte Verfügungsgewalt über den Raum hat, wo die Getränke verzehrt werden, oder ob dieser Raum etwa einem Vereine vermietet ist, dessen Mitgliedern dann die Getränke geliefert werden. — **c)** GoltdA. **49** 847, GewA. **2** 418 (Breslau); BayObLG. **4** 129. Wer Bier in Flaschen an Vorübergehende verkauft, dabei aber die alsbaldige Zurückgabe der Flaschen verlangt, treibt Schankwirtschaft, auch wenn die Käufer das Bier auf dem vorbeiführenden öffentlichen Wege verzehren. — GoltdA. **48** 143, GewA. **1** 51 (Breslau). Der Verkäufer von Flaschenbier ist verpflichtet, Veranstaltungen zu treffen, die geeignet sind, das Verzehren des Bieres auf der Stelle zu verhindern; anderenfalls liegt Betrieb einer Schankwirtschaft vor, sofern der Verkäufer weiß, daß das Bier neben der Verkaufsstätte sofort verzehrt wird. — **d)** HessRspr. **2** 55, GewA. **1** 45 (Darmstadt); BraunschwZ. **05** 123 (Braunschweig). Schaffung einer Sitzgelegenheit oder von Einrichtungen zum behaglichen Aufenthalt ist nicht vorausgesetzt. — BayObLG. (Strafſ.) **1** 41, BayVerwGH., Reger **23** 372. Ebensowenig, daß besondere Trinkgefäße zur Verfügung gestellt werden. — **e)** **RG.** (Strafſ.) **35** 175. Schankwirtschaft liegt auch vor, wenn der Wirt das Getränk nicht vorrätig hat, sondern erst anderweitig aus anderen Wirtschaften sich verschafft. — BayObLG. (Strafſ.) **1** 184, GewA. **2** 237. So auch, wenn er es zum Selbstkostenpreise, aber zur Förderung seiner Speisewirtschaft abgibt. — **f)** **RG.** (Strafſ.) **35** 335, GewA. **2** 417. Wenn eine Prostituierte ihren Besuchern Getränke gegen Bezahlung verabfolgt, liegt der Betrieb einer Schankwirtschaft vor. — **RG.** SeuffBl. **03** 144, RheinA. **99** II 28. Vgl. **RG.** **35** 175, GewA. **2** 239. Ebenso bezüglich eines Bordells. — **g)** Reger **23** 372, GewA. **3** 41 (BayVerwGH.);

SächsOLG. **26** 213, HessZfStGemVerw. **29** 75 (Darmstadt). Auch zum Ausschänken nicht geistiger Getränke, wie Kaffee, Brauselimonade, Mineralwasser, ist Konzession erforderlich. — BadRpr. **05** 258 (VerwGH. Karlsruhe). Da die badische Landesregierung die Rechtsauffassung sich zu eigen gemacht hat, daß Kaffeewirtschaften, in welchen keine geistigen Getränke ausgeschänkt werden, in der Regel einer Konzession nicht bedürfen, so erscheint es nicht angängig, in einem einzelnen Falle und in der Absicht, die Einstellung eines bereits eröffneten derartigen Betriebs durchzusetzen, von der allgemein geübten Praxis abzugehen und sich auf den Boden der entgegengesetzten Rechtsauslegung zu stellen. — **h)** SächsOLG. **26** 29, FischersZ. **28** 183. Der Verkauf von Schokolade und Bonbons kann nach den Umständen des Falles, z. B. in Wirtschaften, wo weibliche Personen und Kinder zu verkehren pflegen, zum Betriebe der Schankwirtschaft gehören. — ThürBl. **50** 219 (Jena). Doch gilt dies nur, wenn die betreffenden Automaten innerhalb der Wirtschaftsräume aufgestellt sind. — **i)** Daß Bahnhofswirtschaften gemäß § 6 nicht unter den § 33 fallen, vgl. zu § 6.

3. Begriff der Gastwirtschaft. **a)** BayRpflZ. **05** 59 (BayObLG.). Gastwirtschaft im Sinne des § 33 betreibt, wer ein offenes, d. h. jedermann oder doch den Angehörigen einer bestimmten Gesellschaftsklasse im allgemeinen offenstehendes Lokal hält, um Personen, sei es mit oder ohne Verpflegung, vorübergehend gewerbsmäßig zu beherbergen. Eine Vermietung von Zimmern, bei welcher der Aufgenommene nicht mehr als Gast, sondern als Mieter anzusehen ist, ist kein Gastwirtschaftsbetrieb. — Reger, 3. ErgBd. 225, BraunschwZ. **52** Beil. 34 (VerwGH. Braunschweig). Das Beherbergen ist Selbstzweck des Gastwirtschaftsbetriebs; ist der Zweck der Beherbergung nicht die Unterkunftsgewährung, sondern die Heilung, der Unterricht, die Erziehung u. dgl., so liegt eine Gastwirtschaft nicht vor, auch wenn den in der Anstalt Untergebrachten geistige Getränke verabreicht werden. — **b)** GewA. **3** 566, FischersZ. **28** 172, PrVerwBl. **25** 747 (PrOVG.). Das Gewerbe des Kost- und Quartiergebers ist nach der GewO. nicht konzessionspflichtig; die Polizei ist nicht berechtigt, den Gewerbebetrieb mangels gewisser persönlicher Eigenschaften zu untersagen.

4. Begriff des Kleinhandels mit Branntwein. **a)** KGJ. **29** C 5. Für die Frage, bei welchen Mengen der Vertrieb von Branntwein als „Kleinhandel" in gewerbepolizeilicher und gewerbesteuerrechtlicher Beziehung anzusehen ist, sind die in den einzelnen Staaten erlassenen Verwaltungsvorschriften ausschließlich maßgebend. — **b)** SächsOLG. **22** 319, GewA. **1** 254; BayVerwGH. **23** 51, GewA. **1** 456. Der Kleinhandel mit Branntwein unterliegt dem Erfordernisse der Genehmigung, auch wenn der Verkauf zu Heilzwecken, sei es auch durch einen Apotheker, erfolgt.

5. GoltdA. **49** 158 (KG.). Wenn Gast- oder Schankwirtschaft mit Kleinhandel in Spirituosen zusammen betrieben werden, so bedarf es nur einer Konzession, derjenigen für die Schankwirtschaft; der Kleinhandel mit Spirituosen gilt als ihr selbstverständliches Zubehör.

6. Selbständiger Unternehmer. GewA. **2** 56 (KG)., vgl. WürttJ. **14** 342, GewA. **3** 48 (Stuttgart). Selbständiger Unternehmer einer Gast- oder Schankwirtschaft ist derjenige, in dessen Namen und für dessen Rechnung (nach außen hin) der Betrieb stattfindet. Ob ein anderer, z. B. bei Kantinen ein Fabrikant, eine Staatsanstalt o. dgl., Lokal und Inventar hergegeben hat und aus dem Betrieb indirekte Vorteile zieht, ist gleichgültig. Nach GewA. **3** 403 (PrOVG.) ist Unternehmer derjenige, auf dessen Rechnung die Wirtschaft betrieben wird, nach BraunschwZ. **04** 171 (Braunschweig) derjenige, für dessen Rechnung und unter dessen Verantwortlichkeit das Gewerbe betrieben wird. — Fuld, Selbstverwaltung **32** 834. Der Leiter einer Stehbierhalle, die von dem

Inhaber eines in unmittelbarer Nähe befindlichen Restaurants für den Verkehr des minder anspruchsvollen Publikums eingerichtet ist und unterhalten wird, während dem Leiter das Bier zu billigerem Preise überlassen wird, ist nicht selbständiger Gewerbetreibender, sondern Angestellter des Restaurateurs, und bedarf keiner eigenen Konzession.

7. GewA. 3 231 (PrOVG).; WürttZ. 13 207, GewA. 1 411 (Stuttgart). Die Konzession ist auch bei bestehender Realschankberechtigung erforderlich, aber von der Bedürfnisfrage und der Lage des Lokals unabhängig.

8. Umfang, Beschränkungen der Konzession. a) GewA. 3 564, Deutsche GemeindeZtg. 44 41 (PrOVG.). Die Schankkonzession ist rein persönlicher Natur. Ist der Konzessionsinhaber Grundstückseigentümer, so kann der Zwangsverwalter sie nicht ausüben, der Inhaber kann während der Zwangsverwaltung auf die Konzession verzichten. — b) SächsOVG. 1 119, GewA. 1 450, DJZ. 02 560. Die Erlaubnis zum Betriebe der Gast- oder Schankwirtschaft erstreckt sich immer nur auf bestimmte für den Gewerbebetrieb in Aussicht genommene Räume. — SächsOVG. 5 163. Das gilt auch für die Realschankgerechtigkeit. — c) BraunschwZ. 03 22 (VerwGH. Braunschweig). Die Konzession kann unter Einschränkungen erteilt werden; diese müssen aber klar und bestimmt sein. — BayObLG. 2 163, GewA. 2 601, Reger 24 28, GewA. 3 414. Zulässig ist eine Konzessionsbedingung, daß bei einer Gastwirtschaft ein ausreichender Hofraum zur Aufstellung von Fuhrwerken vorhanden sein und dazu benutzt werden müsse. — BraunschwZ. 04 22 (VerwGH. Braunschweig). Die mit der Gastwirtschafts- verknüpfte Schankwirtschaftskonzession darf nicht auf den Ausschank an die im Lokale nächtigenden Personen beschränkt werden.

9. Abs. 2 Ziff. 1. a) BayVerwGH. 23 249, Reger 3. Ergbd. 232. Die Versagung der Wirtschaftskonzession kann aus jeder Handlung abgeleitet werden, die geeignet ist, die Überzeugung von der Unzuverlässigkeit zu begründen. Auch eine Nahrungsmittelverfälschung kann die Annahme rechtfertigen, daß der Bewerber das Wirtschaftsgewerbe zur Förderung der Hehlerei mißbrauchen werde, wenn das Motiv zu jener Verfehlung in letzter Linie strafbarer Eigennutz war. — b) ZfBadVerw. 34 201 (BadVerwGH.); Reger 25 197 (BayVerwGH.) (vgl. auch zu § 53). Auch eine bei dem Ehegatten des Nachsuchenden vorliegende Tatsache kann die Versagung der Konzession begründen, wenn Anhaltspunkte vorliegen, daß bei dem Nachsuchenden eine ähnliche Willensrichtung unterstellt werden darf oder daß er nur vorgeschoben wird. — BraunschwZ. 49 24 (VerwGH. Braunschw.). Ein besonderer Nachweis eigener Mitschuld ist dabei nicht erforderlich. — Reger 25 9 (BayVerwGH.). Es ist auch nicht erforderlich, daß der Nachsuchende die Bestrafung des Ehegatten kennt. — GewA. 4 599 (PrOVG.). Es genügt aber nicht der Umstand, daß die Frau mit dem unzuverlässigen Manne in Gütergemeinschaft lebt. — c) Förderung der Völlerei (vgl. auch zu § 53). GewA. 1 661 (PrOVG.). Der Schankwirt ist verpflichtet, Anstalten zu treffen, welche die Förderung der Völlerei durch seinen Betrieb ausschließen. — GewA. 2 100 (PrOVG.). Er muß darüber wachen, daß die Förderung nicht durch seine Frau geschieht. — GewA. 1 638, 3 284 (PrOVG.). Die Schankkonzession kann nicht entzogen werden, weil der Gewerbetreibende die Völlerei gefördert hat, sondern nur, wenn Handlungen oder Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß er die Völlerei fördern werde. Dies kann nicht schon deshalb angenommen werden, weil er einige Male die Polizeistunde überschritten hat. — GewA. 4 243 (PrOVG.). Völlerei ist nicht nur der an sich unmäßige oder gar nur der zur Betrunkenheit führende, sondern auch außerdem jeder Genuß geistiger Getränke, welcher die gesetzmäßigen Schranken überschreitet, also auch der Genuß geistiger Getränke durch Schüler in Schankwirtschaften entgegen der Vorschrift einer Poli-

zeiverordnung. — GewA. **2** 100, 105 (PrOVG.). Eine Förderung der Völlerei liegt auch in der gesetzwidrigen Ausübung des Branntweinschankes zum Genuß an Ort und Stelle ohne Konzession. Verneinend BraunschwZ. **02** 28 (VerwGH. Braunschweig); vgl. Reger **23** 218 (SächsOVG.). — GewA. **1** 670 (PrOVG.). Die Veranstaltung genehmigungspflichtiger, aber nicht genehmigter Tanzlustbarkeiten begründet nicht stets und ohne weiteres den Schluß auf eine zukünftige Unzuverlässigkeit. — GewA. **2** 453 (PrOVG.). Sie kann aber unter Umständen den Schluß rechtfertigen, der Schankwirt werde sein Gewerbe zur Förderung der Völlerei mißbrauchen. — BraunschwZ. **04** 21 (VerwGH. Braunschweig). Das System der automatischen Restaurants rechtfertigt nicht schon an sich die Annahme, daß der Inhaber sein Gewerbe zur Förderung der Völlerei mißbrauchen werde. Die besondere Betriebsart dieser Restaurants beansprucht wegen ihrer Vielseitigkeit eine besondere Behandlung bei Prüfung der Bedürfnisfrage. — **d)** Förderung der Unsittlichkeit (vgl. auch zu § 53). GewA. **1** 666, 668 (PrOVG.). Wenn eine Schankwirtin ihre Dienstmädchen durch Gäste freihalten läßt und sie vor Unsittlichkeiten nicht schützt, so muß sie sich sagen, daß es zwischen den Mädchen und den Gästen zu Unsittlichkeiten kommen wird. Ein solches Verhalten rechtfertigt die Annahme, daß sie auch in Zukunft ihr Gewerbe zur Förderung der Unsittlichkeit mißbrauchen wird. — GewA. **2** 281, 455, 459 (PrOVG.). Ebenso wenn der Wirt die Kellnerinnen außer freier Kost auf Trinkgelder und Tantièmen für verkauftes Bier anweist. Dagegen folgert Pr. OVG., GewA. **2** 640, hieraus nur erhöhte Aufsichtspflicht. Ähnlich GewA. **2** 642, **4** 245 (PrOVG.); Deutsche GemeindeZ. **44** 43, BraunschwZ. **05** Beil. 43 (VerwGH. Braunschweig). — GewA. **2** 102, 279, 281, 459, **3** 279 (PrOVG.). In sog. Animierkneipen hat der Wirt die Pflicht ganz besonders strenger Aufsicht. Die Vernachlässigung dieser Pflicht auch nur in einem Falle kann seine Unzuverlässigkeit im Sinne der §§ 33, 55 begründen.

10. Abs. 2 Ziff. 2. GewA. **4** 394 (PrOVG.). Unter den polizeilichen Anforderungen an das Betriebslokal sind nur diejenigen zu verstehen, welche die zur Konzessionierung berufene Behörde selbst im gewerbepolizeilichen Interesse glaubt stellen zu müssen. Ihre Regelung im Wege der Polizeiverordnung ist unzulässig. — KGJ. **21** C 62, GewA. **1** 45. § 33 Abs. 2 Nr. 2 GewO. gewährt der Polizeiverwaltung das allgemein nicht bestehende Recht, die ihr obliegende Kontrolle und Beaufsichtigung durch Anforderungen an die Beschaffenheit des Lokals zu erleichtern; diese Anforderungen können aber nur vom Kreisausschusse bei der Erteilung der Konzession gestellt, nicht später von der Ortspolizeibehörde verschärft werden.

11. Abs. 3. Bedürfnisfrage. **a)** SächsMinInn. 17. 10. 04, FischersZ. **28** 288. Für die Beurteilung der Bedürfnisfrage gibt das Verhältnis der Einwohnerzahl einzelner anderer Gemeinden zu der Zahl der am Orte bestehenden Schankstätten keinen verwertbaren Maßstab; vielmehr kommen noch viele andere Umstände in Betracht: die räumliche Ausdehnung und sonstige Beschaffenheit der am Orte vorhandenen Schankstätten, die Zusammensetzung der Einwohnerschaft, die ausgedehnte oder zusammengedrängte Lage des mit Wohnhäusern besetzten Ortsteils, insbesondere auch der Fremdenverkehr. Auch die den Bewohnern zur Verfügung stehenden Schankstätten benachbarter Gemeinden können berücksichtigt werden. — **b)** GewA. **2** 243, BraunschwZ. **49** 23 (VerwGH. Braunschweig). Nur ein absolut bestehendes Bedürfnis ist im § 33 gemeint, nicht das aus der subjektiven Vorliebe der Gäste für eine bestimmte Wirtschaft entspringende relative Bedürfnis. — BraunschwZ. **05** Beil. 39 (VerwGH. Braunschweig). Das Bedürfnis muß ein öffentliches, braucht aber kein allgemeines zu sein. Es ist auch auf Besonderheiten einzelner Teile des Publikums Rücksicht zu nehmen. Es ge-

nügt aber nicht der Wunsch der Mitglieder eines Konsumvereins, den bei diesem ihnen zustehenden hohen Dividendensatz auch beim Einkaufe von Branntwein zu genießen. Vielmehr sind die Konsumvereine mit den Einzelgewerbetreibenden mit Bezug auf die Konzessionierung zum Branntweinhandel rechtlich gleichzustellen. — Reger, 3. ErgBd. 228, BraunschwZ. **05** Beil. 38 (VerwGH. Braunschweig). Ein etwaiges Bedürfnis gewisser Gesinnungsgenossen oder einer Parteileitung, politische Versammlungen abhalten zu können, kommt nicht in Betracht, vielmehr nur das Bedürfnis der Bevölkerung, ausreichende und angemessene Gelegenheit zum Erhalten von Getränken und Speisen in öffentlichen, zur Vereinigung mehrerer eingerichteten Lokalen zu haben. Daß in dem betr. Hause schon seit Jahren eine Wirtschaft betrieben worden ist, ist für die Bedürfnisfrage nicht entscheidend. — **c**) BraunschwZ. **04** 23 (VerwGH. Braunschweig). Ein gesetzwidriger Gastverkehr, z. B. in einer nicht konzessionierten Gastwirtschaft, kann das vom Gesetze vorausgesetzte Bedürfnis nicht begründen. — **d**) BraunschwZ. **05** Beil. 37 (VerwGH. Braunschweig). Das Bedürfnis muß schon vorhanden sein, der in Aussicht stehende Anbau an einem neuen Straßenzuge genügt nicht.

12. MecklZ. **22** 310 (Rostock). Bei einer wesentlichen Veränderung des Schanklokals ist eine neue Prüfung der Beschaffenheit desselben und neue Erlaubnis erforderlich. — BayVerwGH. **25** 81, Reger **24** 239. Die bei Verlegung der Wirtschaftslokalitäten erforderliche Erlaubnis stellt eine neue Konzession dar; daher ist sowohl die Lokal- und Bedürfnisfrage, als auch die Frage der persönlichen Qualifikation zu prüfen. Ähnlich Reger **22** 10 (SächsOVG.). — BadRpr. **05** 140 (Karlsruhe). Will der Wirt seinen Gewerbebetrieb auf weitere Räume desselben Anwesens erstrecken oder auch nur wesentliche Änderungen vornehmen, so bedarf er einer neuen Erlaubnis. Diese Erlaubnis ist aber keine neue Wirtschaftskonzession, deren Erteilung eine erneute Prüfung der persönlichen Vereigenschaftung und der Bedürfnisfrage voraussetzen würde, sondern lediglich die Genehmigung zu einer Abweichung von den früheren Konzessionsbedingungen, § 147[1].

13. Vgl. zu § 49. GoltdA. **48** 168, GewA. **1** 50 (PrOVG.). Der Inhaber einer Konzession zum Betriebe der Gastwirtschaft in einem bestimmten Hause geht weder durch den Verkauf dieses Hauses oder die Verpachtung der darin befindlichen Lokalitäten, noch durch die Konzessionserteilung an den Käufer oder Pächter seiner Konzession mit Rechtsnotwendigkeit verlustig. — BraunschwZ. **05** Beil. 20 (VerwGH. Braunschweig). Der Verkauf und die Übergabe des Hauses stellen im vorliegenden Falle nicht eine Kundgebung des Willens, auf die Konzession zu verzichten, gegenüber der konzessionierenden Behörde dar, wie sie zum rechtsverbindlichen Verzicht erforderlich ist. — Reger **23** 218, GewA. **2** 602 (SächsOVG.). Die der Aufsichtsbehörde nach Landesrecht zustehende Befugnis, eine Konzession auch außerhalb des reichsgesetzlich geordneten Verfahrens als nichtig aufzuheben, besteht nur insoweit, als bei der Konzessionserteilung klare und wesentliche formelle oder materielle Vorschriften außer acht gelassen worden sind.

14. BraunschwZ. **02** 24, GewA. **2** 244 (VerwGH. Braunschweig). Einem Vereine kann die Konzession nur erteilt werden, wenn er rechtsfähig ist. — Dagegen Reger **23** 15, GewA. **2** 420 (BayVerwGH.). — GewA. **1** 244, BayAmtsbl. MinInn. **01** 240 (BayObLG.). Die Abgabe von Bier zum sofortigen Genuß auf der Schankstätte bei den im Abs. 5 bezeichneten Vereinen ist konzessionspflichtig, mag durch die Bierabgabe ein Gewinn angestrebt sein oder nicht, mag diese ausschließlich an Vereinsmitglieder oder auch an eingeführte Fremde erfolgen. Als Zweck des Vereins kommt nur der wirklich verfolgte, nicht der im Statut angegebene in Betracht. — GewA. **1** 631 (PrOVG.). Dadurch, daß dem Ökonomen eines Vereins der Ausschank „an die Mitglieder des Vereins"

erlaubt ist, ist er im Zweifel nicht verhindert, an Angehörige und eingeführte Gäste der Mitglieder, welche nach den Statuten des Vereins Zutritt haben, auszuschänken.

15. PrOVG. **42** 279, PrVerwBl. **24** 152, GewA. **2** 245. Geschlossenen Gesellschaften darf keine Polizeistunde gesetzt werden, wenn auch für sie eine Konzessionspflicht nach § 33 Abs. 5 oder 6 besteht. — SächsOLG. **24** 213. Diese Vergünstigung kommt ihnen in Gasthäusern aber nur zu, wenn ihnen die Räume ausschließlich zugänglich sind.

16. Olshausen, PrVerwBl. **26** 632, über die Bekämpfung der Animierkneipen im Polizeiverordnungswege, vgl. zu § 41.

§§ 33a, b. Heinzmann, Deutsches Theaterrecht 33—41. GewA. **1** 56 (SächsOLG.). Aus dem Fehlen einer beschränkenden Vorschrift für gewerbsmäßige Musikaufführungen im stehenden Gewerbebetrieb ist nicht zu folgern, daß die bloß gelegentlichen Musikaufführungen von dem Erfordernisse polizeilicher Erlaubnis befreit sein sollen; denn die GewO. regelt überhaupt nur die gewerbsmäßigen Betriebe. — GewA. **1** 258, BayAmtsblMinInn. **01** 516 (BayObLG.). Es ist aber ferner daraus nicht zu folgern, daß nicht das Landesrecht befugt sei, das gewerbsmäßige Darbieten von Musikaufführungen in Wirtshäusern von polizeilicher Erlaubnis abhängig zu machen. — GewA. **4** 220 (KG.). Die hier genannten Veranstaltungen sind nicht stets sog. Tingeltangel. Die letzteren setzen voraus, daß die Besucher durch Erregung ihrer niederen Triebe, insbesondere der Geschlechtslust, angelockt und festgehalten werden.

§ 33a. 1. BraunschwZ. **02** 26, GewA. **2** 251 (VerwGH. Braunschweig). Eine Konzession nach § 32 ist nicht neben derjenigen nach § 33a stets erforderlich.

2. **RG.** GoltdA. **51** 185. Gewerbsmäßig handelt auch ein geselliger Verein, welcher wegen Unzulänglichkeit der aus Mitgliederbeiträgen stammenden Mittel seine Theatervorstellungen gegen Entgelt der Allgemeinheit zugänglich macht. — BraunschwZ. **02** 26 (VerwGH. Braunschweig). Läßt die erstmalige Veranstaltung erkennen, daß sie zur Gewinnerzielung in Zukunft wiederholt werden soll, so kann schon sie als Beginn gewerbsmäßiger Veranstaltung angesehen werden.

3. Olshausen, VerwA. **12** 583. Ein höheres Kunstinteresse waltet nicht nur ob bei Gesangsvorträgen, die auf ganz hervorragender Stufe der Kunst stehen, sondern bei solchen, die ein wirklich künstlerisches Interesse zu befriedigen vermögen. Den Gegensatz bilden die artistischen und Tingeltangel-Darbietungen. Gegenstand der Betrachtung ist immer die einzelne gesangliche Darbietung. Der Text oder die Komposition muß ein künstlerisches Interesse bieten. Keines von beiden darf unkünstlerisch sein, ebensowenig die Art des Vortrags. — SächsOLG. **26** 19, FischersZ. **27** 370. Wesentlich ist, ob die Darbietungen künstlerische sind. Ob beim Publikum ein höheres Interesse der Kunst obwaltet, ist unerheblich. Im allgemeinen ist die Frage des Obwaltens höheren künstlerischen Interesses wesentlich tatsächlicher Natur und nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen. — PrVerwBl. **23** 151, GewA. **1** 459 (PrOVG.). Ob ein höheres Interesse der Kunst vorliegt, ist nach dem objektiven Inhalte der Darbietungen, aber auch nach der Umgebung, in der diese erfolgen, zu beurteilen. — GewA. **1** 641, MecklZ. **20** 58 (Rostock); SächsOLG. **26** 19. Nicht maßgebend ist, ob den Unternehmer ein höheres Interesse der Kunst oder etwa der Erwerbstrieb leitet.

4. Abs. 2 Ziff. 1. GewA. **1** 638 (PrOVG.). Voraussetzung der Ziff. 1 ist, daß die beabsichtigten Veranstaltungen den Gesetzen oder guten Sitten zuwiderlaufen werden, nicht aber, daß die auftretenden Personen außerhalb ihrer gewerblichen Darbietungen durch ihr Verhalten gegen Gesetz und gute Sitte verstoßen werden.

5. BraunschwZ. **03** 22, GewA. **3** 250 (VerwGH. Braunschweig). Die Singspielkonzession kann dem Inhalte nach, z. B. auf Schützenfeste u. dgl., aber nicht der Zeitdauer nach beschränkt sein.

6. Fuld, Selbstverwaltung **32** 473. Die Kabarets fallen unter den § 33a. Ein höheres Interesse der Kunst liegt bei ihnen nicht vor. Der gewerbsmäßige Charakter ist auch vorhanden, wenn kein Eintrittsgeld erhoben wird, wohl aber eine die übliche übersteigende Garderobengebühr, oder wenn die Preise für Speisen und Getränke unverhältnismäßig hoch sind. — GewA. **3** 245 (PrOVG.). Ein sog. Rauchtheater kann zwar ein Theater im eigentlichen Sinne sein, ist es aber meist nicht. Die Gesamtheit der Umstände ist hierfür entscheidend.

7. PrOVG. **43** 304, GewA. **3** 243, FischersZ. **28** 171. Die Vorführung eines Kinematographen ist keine unter § 33a fallende theatralische Vorstellung.

§ 33b. 1. SächsOVG. **3** 187, GewA. **3** 49. Unter „öffentlichen Plätzen" im Sinne des § 33b sind nur Räume zu verstehen, die dem Gemeingebrauche bestimmungsgemäß dienen. Ähnlich GoltdA. **50** 292, GewA. **3** 247 (Hamburg), PrOVG. **43** 304, **45** 339, **46** 343, GewA. **4** 401, FischersZ. **29** 102, DJZ. **10** 557, GewA. **3** 580 (Rostock), ThürBl. **50** 293 (Jena). Dagegen hat GewA. **3** 416 (KG.) auch ein unbebautes Privatgrundstück, das jedermann zugänglich ist, für einen öffentlichen Platz erklärt.

2. PrOVG. **46** 343, GewA. **4** 401, FischersZ. **29** 102, DJZ. **05** 557. Die Landesgesetzgebung kann nicht die gewerbsmäßige Darbietung von Lustbarkeiten der im § 33b bezeichneten Art in weiterem Umfange, als dort vorgesehen ist, von einer polizeilichen Erlaubnis abhängig machen. — GewA. **4** 61 (Pr. OVG.) Gegen die Darbietung solcher Lustbarkeiten auf nicht öffentlichen Plätzen kann die Polizei auf Grund des § 10 Tit. 17 Teil 2 ALR. oder des § 6 G. v. 11. 3. 50 einschreiten.

3. SeuffBl. **03** 378 (BayObLG.). Neben § 33b ist eine Bestimmung gültig, wonach aus allgemeinen polizeilichen Gründen die Aufstellung eines Karussells an öffentlichen Orten von der besonderen Erlaubnis der Ortspolizeibehörde abhängig gemacht wird.

§ 34. 1. **a**) Olshausen, PrVerwBl. **26** 265. Das Gewerbe des Stellenvermittlers liegt in folgenden Fällen vor: α. bei einem Hausreinigungsinstitute, welches im eigenen Namen Verträge mit dem Hausherrn einerseits und der Arbeiterin andererseits schließt, jedoch mit beiden nur für den einzelnen Fall, ohne also zu den Arbeiterinnen in dauerndem Vertragsverhältnisse zu stehen (ebenso LG. Hamburg a. a. O.); β. bei Herausgabe eines Vakanzenanzeigers mit oder ohne unentgeltliche Übermittelung der auf einzelne Vakanzen eingehenden Offerten (ebenso OLG. Hamburg a. a. O., anders GewA. **2** 606 (Naumburg), **RG.** (Straff.) **36** 233, GewA. **3** 252, FischersZ. **28** 76 [Dresden]); γ. bei einem nach den Umständen des Falles nur zur Umgehung des Gesetzes von einem Stellenvermittler gegründeten und geleiteten Vereine stellungsuchender Personen. **b**) **RG.** (Straff.) **36** 233, GewA. **3** 252; GewA. **2** 606 (Naumburg); FischersZ. **28** 76 (Dresden). Der bloße Nachweis von Stellungen ist keine Stellenvermittlung im Sinne des § 34. Es muß eine vermittelnde Tätigkeit nach beiden Seiten hin vorliegen, welche beide Teile einander näherzubringen und zuzuführen bezwecke. — **c**) SächsOLG. **26** 207. Ein Kaufmann, der galizische, der deutschen Sprache nicht mächtige Arbeiter einführt, an Ziegeleien vermietet, selbst beköstigt und entlohnt, auch beaufsichtigt und dafür den Lohn von der Ziegelei im ganzen ausgezahlt erhält, ist ein Stellenvermittler.

2. PrMinErl., betr. Arbeitsnachweise gemeinnütziger Vereinigungen 2c., v. 24. 10. 04, PrMBlHandGewVerw. 452.

3. PrMinErl. v. 4. 12. 02, PrMBlHandGewVerw. 415. Gesindevermieter, denen der Gewerbebetrieb auf Grund des § 35 Abs. 3 vor dem 1. 10. 00 untersagt worden ist, können ihn nur auf Grund neuer Erlaubnis nach § 34, nicht gemäß § 35 Abs. 5, der sich nur auf die in Abs. 1—4 aufgeführten Gewerbetreibenden bezieht, wieder aufnehmen. § 53 Abs. 3 bezieht sich nur auf Fälle, wo die Untersagung nach dem 1. 10. 00 erfolgt ist.

4. **a)** PrVerwBl. **21** 481 (PrOVG.), ebenso GewA. **4** 456 (PrOVG.). Nach preußischen Landesgesetzen muß bei Erteilung der Genehmigung zum Handel mit Giften Zuverlässigkeit in bezug auf diesen Gewerbebetrieb vorausgesetzt werden. — **b)** Reger **23** 12, GewA. **2** 426 (BayVerwGH.). Die Verwendung von Giften zu gewerblichen Tätigkeiten, z. B. zum Viehkastrieren, ist kein Handel mit Giften.

§ 35. 1. Allgemeines. — **a)** GewA. **1** 647 (PrOVG.). Nicht auf Grund der Bestrafungen, sondern des diesen zugrunde liegenden Verhaltens erscheint ein Losehändler als unzuverlässig. Ebenso bezüglich einer Hebamme, GewA. **2** 107 (PrOVG.). Ebenso bei einem Rechtskonsulenten, GewA. **2** 256, 620 (PrOVG.). — **b)** GewA. **3** 427 (PrOVG.); BayVerwGH. **24** 579, GewA. **3** 433, ders. Reger **24** 41, 3. Ergbd. 7, GewA. **4** 433. Die Tatsachen, aus denen die Unzuverlässigkeit geschlossen wird, brauchen nicht gerade bei dem Gewerbe hervorgetreten zu sein, um dessen Untersagung es sich handelt. — GewA. **2** 616 (PrOVG.). Die die Unzuverlässigkeit eines Immobilienmaklers begründenden Verfehlungen brauchen nicht in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Gewerbebetriebe zu stehen. — **c)** GewA. **3** 590 (PrOVG.). Aus der Beschäftigung einer unzuverlässigen Person darf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden selbst gefolgert werden, wenn die beschäftigte Person den Gewerbebetrieb nachteilig beeinflußt. — **d)** GewA. **2** 620 (PrOVG.); BayVerwGH. **24** 279, GewA. **3** 261; PrVerwBl. **25** 561 (PrOVG.). Ein Gewerbe kann auch dann untersagt werden, wenn es schon eingestellt ist, sofern es an einem Anhalte dafür fehlt, daß es dauernd aufgegeben ist. — **e)** PrOVG. **46** 355, GewA. **4** 425, DIZ. **05** 414. Die Untersagung des Gewerbebetriebs ergreift die Ausübung an allen Orten und in allen Formen, also auch die Ausübung im Umherziehen. — GoltdA. **49** 347, GewA. **2** 436 (Breslau). Die Untersagung des Gewerbebetriebs wirkt über den Bezirk hinaus, in welchem das Gewerbe bisher ausgeübt wurde. — **f)** GewA. **3** 595 (PrOVG.). Heilung der Unzuverlässigkeit durch längere Bewährung. — **g)** BayVerwGH. **22** 197, Reger **23** 14, GewA. **3** 56 (vgl. Reger **25** 20). Übertretungen der nach § 38 erlassenen Kontrollvorschriften begründen nur dann Unzuverlässigkeit, wenn sie die Schlußfolgerung auf einen unreellen Geschäftsbetrieb zulassen oder in fortgesetzter Nichtbeachtung der bestehenden Kontrollvorschriften bestehen. — **h)** GewA. **2** 434 (PrOVG.). Gegen die Versagung der Erlaubnis zur Wiederaufnahme eines Gewerbebetriebs gemäß § 35 Abs. 5 ist kein Rechtsmittel gegeben.

2. PrOVG. **46** 349, GewA. **4** 421. Dampfschwitzbäder sind Badeanstalten, auch wenn die Einrichtung nur eine oder zwei Zellen umfaßt. Erforderlich ist aber freie Zugänglichkeit, die jedoch auch bei Ausschluß von Männern und Schwangeren vorliegt. Ist die Verabfolgung von Bädern integrierender Bestandteil eines Hotelbetriebs oder einer Krankenanstalt, so liegt eine Badeanstalt im Sinne des § 35 nicht vor; nicht aber wird dies dadurch ausgeschlossen, daß die Verabfolgung von Bädern in die Kurmethode der sog. Naturärzte einbezogen werde. Ähnlich GewA. **4** 433 (BayVerwGH.).

3. GewA. **1** 67 (München). Unter Trödelhandel wird der Handel mit Gegenständen verstanden, deren Wert durch Alter und Gebrauch geringer geworden ist, auch mit gebrauchten Büchern, Spiegeln, Bildern, Münzen und

Waffen, sofern diese nicht wegen ihres Alters einen erhöhten Wert haben. Auch ein Trödler, der nebenbei mit einzelnen Antiquitäten zu handeln anfängt, muß bezüglich sämtlicher von ihm betriebener Handelsgeschäfte den Verpflichtungen der §§ 35, 38 GewO. nachkommen. — LG. Plauen, GewA. 2 254. Handel mit Lumpen gehört nicht zum Trödelhandel. — DJZ. 05 966 (KG.). Ein Pfandleiher, der die beliehenen gebrauchten Kleider ꝛc. bei Pfandversteigerungen erwirbt und später bei günstiger Gelegenheit freihändig wieder verkauft, betreibt neben dem Pfandleihgewerbe den Trödelhandel. — OLG. Hamburg 8. 7. 03, DJZ. 05 464. Der Betrieb des Großhandels mit Metall schließt nicht den gleichzeitigen Kleinhandel mit denselben Waren aus.

4. GewA. 1 273 (PrOVG.). Unzuverlässigkeit eines Losehändlers in bezug auf diesen Gewerbebetrieb können auch Verfehlungen begründen, die mit dem Gewerbebetrieb außer allem Zusammenhange stehen (vgl. bezüglich eines Viehverstellers Reger 25 20 (BayVerwGH.)), noch mehr jedoch häufige Übertretungen des PrG. v. 29. 7. 85, betr. das Spiel in außerpreußischen Lotterien. Vgl. GewA. 2 614 (PrOVG.), 3 592. — GewA. 2 612 (PrOVG.). Die Unzuverlässigkeit eines in Preußen wohnhaften Losehändlers kann auch durch Verfehlungen gegen außerpreußische Gesetze begründet werden. — GewA. 2 614 (PrOVG.). Ein Losehändler ist unzuverlässig, wenn er einen unzuverlässigen Geschäftsführer annimmt; die spätere Entlassung des Geschäftsführers hebt die Unzuverlässigkeit nicht auf. — GewA. 2 428 (PrOVG.). Eine Auktionatorin, welche einen unzuverlässigen Gehilfen in erheblicher Weise beschäftigt, erweist sich damit selbst als unzuverlässig. Ähnlich von einer Rechtskonsulentin VerwGH. Braunschweig, BraunschwZ. 04 24, von einer Trödlerin, die ihrem unzuverlässigen Ehemanne die selbständige Führung der Bücher überließ, GewA. 4 428 (PrOVG.).

5. Rechtskonsulenten. a) GewA. 2 620 (PrOVG.). Die Worte „gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten und bei Behörden wahrzunehmender Geschäfte, insbesondere der Abfassung der darauf bezüglichen schriftlichen Aufsätze" zählen nicht kumulativ verschiedene besondere Gewerbebetriebe auf, sondern stellen ein einheitliches Gewerbe dar, welches im ganzen untersagt wird, wenn auch nur die eine Seite desselben betrieben wird. — GewA. 4 431 (KG.). Die Erteilung von Rechtsrat durch einen im Deutschen Reiche ansässigen ausländischen Anwalt fällt unter § 35, nicht unter § 6. — BraunschwZ. 03 24, GewA. 3 264 (VerwGH. Braunschweig). Fremde Rechtsangelegenheiten besorgt auch ein Inkassomandatar; GewA. 2 623 (KG.) auch ein solcher, welcher sich die Forderungen des Auftraggebers bei Stundung der Valuta abtreten läßt, sich aber verpflichtet, sie nach 2 Jahren zurückzuzedieren, falls sie inzwischen nicht eingezogen ist. — GewA. 3 256 (KG.). „Eingaben an Behörden" sind auch formularmäßige Steuererklärungen. — b) Reger 23 14 (BayVerwGH.). Die Unfähigkeit zur Geschäftsführung begründet Unzuverlässigkeit mit Bezug auf den Gewerbebetrieb. — PrOVG. 39 291, GewA. 1 272. Wenn eine Person wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt ist, besitzt sie nicht die für die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten erforderliche Zuverlässigkeit. — PrOVG. 41 330, GewA. 1 644, 2 618, 3 593. Unzuverlässig ist ein Rechtskonsulent nur, wenn er sich seiner unzureichenden Kenntnisse bewußt ist. Es ist zu fordern, daß er sich verständlich auszudrücken vermag; der Stil und die Rechtschreibung sind unerheblich. Auf allen Rechtsgebieten braucht er nicht bewandert zu sein. Die gelegentliche Stellung aussichtsloser Anträge läßt ihn noch nicht als unzuverlässig erscheinen. Er darf sich nur mit der Erledigung von Aufträgen nicht befassen, für die es ihm derart an Kenntnissen fehlt, daß eine Benachteiligung seiner Auftraggeber vorauszusehen ist. Ebenso bezüglich der Verstöße gegen Rechtschreibung und Grammatik GewA. 2 68 (PrOVG.). — GewA. 1 646 (PrOVG.). Unzu-

verlässig ist ein Rechtskonsulent, der unfähig ist, auch nur den einfachsten Sachverhalt einigermaßen verständlich darzustellen. — GewA. **3** 429 (PrOVG.). Unzuverlässigkeit eines Konzipienten wegen mangelnder Sachlichkeit, die sich aus persönlichen Angriffen und Beleidigungen gegen Beamte in eigenen Angelegenheiten ergab. — **c)** Reger 3. ErgBd. 238 (BayVerwGH.). Ein Besorger fremder Rechtsangelegenheiten, der sein eigenes Geschäft mit so wenig Sorgfalt und Verständnis betrieb, daß er nach wenigen Jahren sein ganzes Vermögen eingebüßt hatte, der außerdem auch die Gutmütigkeit und Leichtsinnigkeit seiner Darlehnsgeber gröblich mißbraucht hatte, wurde aus beiden Gründen für unzuverlässig mit Bezug auf seinen Gewerbebetrieb befunden. — GewA. **3** 425 (PrOVG.). Unzuverlässig ist ein Rechtskonsulent befunden, der wegen versuchter Erpressung mit 3 Monaten Gefängnis bestraft worden war. — GewA. **4** 232 (PrOVG.). Für unzuverlässig wurde ein Rechtskonsulent erachtet, der vor 10 Jahren als Neunzehnjähriger wegen Verleitung zum Meineide mit einem Jahre Zuchthaus und vor 7 Jahren wegen Betrugs mit 9 Wochen Gefängnis bestraft war. GewA. **4** 419 (PrOVG.) erachtete dagegen für nicht unzuverlässig einen Rechtskonsulenten, der vor 10 Jahren wegen Betrugs mit einem Monat und 14 Tagen Gefängnis, vor 3 Jahren wegen Beleidigung eines Gendarmen mit 6 Monaten Gefängnis bestraft worden war und sich vor 8 Jahren der Ausbeutung einer Auftraggeberin schuldig gemacht, sonst aber in seinem Gewerbe zu berechtigten Anständen keinen Anlaß gegeben hatte.

6. GewA. **2** 430 (PrOVG.). Für unzuverlässig mit Bezug auf die gewerbsmäßige Auskunftserteilung über Vermögensverhältnisse ꝛc. ist ein Kaufmann befunden, der vor 5 Jahren wegen zweier Betrugsfälle mit 7 Monaten Gefängnis und 3 Jahre später wegen Vergehens gegen das Warenzeichengesetz mit 300 M. Geldstrafe bestraft worden war.

7. BayObLG. **5** 70, BayRpflZ. **05** 28. Immobiliarverträge sind alle Verträge, welche ein Grundstück unmittelbar zum Gegenstande haben, mag der Vertrag dinglicher Natur sein oder nur obligatorische Rechte schaffen, etwa die Vermietung von Wohnungen betreffen. § 35 verlangt aber eine wirkliche Vermittelung, d. h. Tätigkeit nach beiden Seiten im Gegensatze zur einseitigen Nachweisung. Als „gewerbsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten" im Sinne des § 35 erscheint die Vermittelung von Rechtsgeschäften nicht.

8. BayObLG. **3** 337, GewA. **3** 431. Darlehnsvermitteler ist auch derjenige, welcher gedruckte Kataloge mit Adressen von Darlehnsgebern gegen Entgelt abgibt.

9. GoltdA. **51** 378 (Köln). Auktionator ist auch, wer im Auftrag und für Rechnung eines anderen gegen festen Tagelohn Versteigerungen vornimmt, GoltdA. **51** 379 (Köln), sowie wer eine sog. Abwärtsversteigerung vornimmt. — OldenburgZ. **31** 247 (Oldenburg). Für das Verbot an Auktionatoren, Immobilien zu versteigern, ist nur die Abhaltung des Versteigerungstermins selber, und hierbei wieder insbesondere das Auffordern zu Geboten wesentlich. Gleichgültig ist es aber, ob der Auktionator selber oder durch vorgeschobene Personen handelt, die er als Werkzeug benutzt. Eine Versteigerung liegt auch vor, obgleich der etwa erteilte Zuschlag nach § 313 BGB. der bindenden Kraft entbehrt.

10. PrOVG. **41** 328, GewA. **1** 649. Der Kleinhandel mit Bier kann untersagt werden, wenn der Gewerbetreibende wiederholt wegen Zuwiderhandlungen gegen § 33 GewO., mögen sie auch vor Eröffnung des Gewerbebetriebs begangen sein, bestraft ist. — GewA. **2** 257 (PrOVG.). Eine der Untersagung des Gewerbebetriebs vorangegangene Warnung kennt § 35 Abs. 4 als Voraussetzung nicht.

11. GewA. **1** 468 (Dresden). Die im letzten Absatze verordnete Anzeige muß neben der nach § 14 erforderlichen gemacht werden.

§ 36. PrMinErl. 8. 6. 04, PrMBlHandGewVerw.. 275. Dispacheure fallen unter keine der im § 36 bezeichneten Personen-Kategorien.

§ 37. 1. GewA. **2** 266 (PrOVG.). Die zur Regelung der Straßengewerbe ergehenden polizeilichen Anordnungen sind vorzugsweise verkehrspolizeilicher Natur. — GewA. **4** 89 (PrOVG.). Die im § 37 vorgesehene Regelung kann nur durch eine allgemeine Vorschrift, nicht durch eine Einzelverfügung getroffen werden.

2. GewA. **4** 84 (PrOVG.) Die Einführung der Genehmigungspflicht für sich allein setzt die Polizeibehörde nicht in den Stand, die Erteilung der Erlaubnis außer aus polizeilichen Gründen auch aus Erwägungen der Zweckmäßigkeit oder wegen Mangels des Bedürfnisses nach ihrem freien Ermessen zu versagen; vielmehr bedarf es hierzu der Aufstellung allgemeiner Grundsätze durch eine Polizeiverordnung.

3. BayObLG. **4** 100. Da die GewO. über das gewerbspolizeiliche Gebiet nicht hinausgreift und das Recht der Landesgesetzgebungen, aus anderweiten polizeilichen Gesichtspunkten die Ausübung der fraglichen Gewerbe Beschränkungen zu unterwerfen, unberührt läßt, ist der Art. 152 Abs. 1 des bayer. Polizeistrafgesetzbuchs in Kraft geblieben, insoweit er ortspolizeiliche Vorschriften über die Art und Weise der Gewerbeausübung zuläßt.

4. KGJ. **25** C 77, GewA. **2** 437 (KG.). § 37 bezieht sich nicht auf die Unterhaltung des Verkehrs auf öffentlichen Strömen, an denen ein Ort liegt; zu den Personen, welche ihre Dienste anbieten, im Sinne des § 37 gehören nicht Motorführer und Fuhrleute und andere Personen der ersten Alternative. — GewA. **1** 278, PrVerwBl. **22** 478 (PrOVG.). Das Vermieten von Kähnen ist an sich ein Gewerbe, zu welchem es keiner Erlaubnis bedarf. Die Regelung desselben kann in Preußen nur durch Polizeiverordnung erfolgen. Auf Grund des § 6b PrG. üb. d. Polizeiverwaltung v. 11. 3. 50 oder des § 10 II. 17. ALR. kann das Vermieten von Kähnen einer Person nicht untersagt werden.

5. FischersZ. **28** 85, Reger 3. ErgBd. 25 (Dresden). Zulässig ist eine Polizeiverordnung, welche die Verwendung weiblicher Hilfspersonen durch Fuhrunternehmer auf Grund des § 37 verbietet. § 41 steht nicht entgegen, da er im Abs. 1 Satz 2 Beschränkungen durch das Gesetz zuläßt. Der § 37 ist eine diesbezügliche Gesetzesbestimmung. Vgl. FischersZ. **28** 343.

6. Reger 3. ErgBd. 241 (VerwGH. Braunschweig). Die Versagung des Dienstscheins bei einem Dienstmann ist Verweigerung der Erlaubnis zum Beginne des Gewerbes, nicht Untersagung des Betriebs, welche vielmehr voraussetzt, daß der Betrieb schon begonnen hat.

§ 38. 1. RG. **58** 71, JW. **04** 393, R. **05** 44 Nr. 146, HansGZ. **04** Beibl. 271. Mit Rücksicht auf die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der Befugnisse und Verpflichtungen der Pfandleiher, welche den Schutz des mit den Pfandleihern verkehrenden Publikums bezwecken, müssen die Darlehnsforderungen der Pfandleiher als unübertragbar betrachtet werden; denn die Zessionare wären an jene Beschränkungen nicht gebunden. — Reger **25** 199 (KG.). Das Pfandleihgewerbe ist den Vorschriften des HGB., insbes. des § 2, nicht grundsätzlich entzogen; die Anwendung dieser Vorschriften ist vielmehr nur insoweit ausgeschlossen, als das Landesrecht im einzelnen abweicht. Dies ist in Preußen mit Bezug auf die §§ 2 u. 38 ff. HGB. nicht der Fall.

2. GewA. **2** 63 (KG.). Die Zentralbehörden dürfen den Gesindevermietern die Berechnung von Nebenkosten außer der Taxe verbieten und die Liquidierung barer Auslagen, die vom Auftraggeber nicht besonders verlangt sind, untersagen. — BayAmtsbl. **03** 243 (BayObLG.). Sie dürfen auch eine Einschreibegebühr ver-

bieten. — FischersZ. 28 349 (Dresden). Gemäß § 38 können die Zentralbehörden auch über die privatrechtlichen Verhältnisse zwischen den Stellenvermittlern und ihren Kunden Bestimmungen treffen und auch die Vertragsfreiheit der Beteiligten einschränken, z. B. Zurückbehaltungsrechte des Stellenvermittlers an Dienstbüchern, Zeugnissen und sonstigen Gegenständen, die aus Anlaß der Dienstvermittelung in ihren Besitz gelangt sind, ausschließen.

3. SächsOLG. **26** 113, FischersZ. **28** 74. § 38 gilt auch für Theateragenten.

4. Reger **23** 23, GewA. **2** 429 (BayObLG.). Durch den Abs. 4 sind weitergehende landesgesetzliche Beschränkungen des Gewerbebetriebs aus sicherheits-, sitten- oder anderen polizeilichen Rücksichten nach § 144 GewO. nicht ausgeschlossen. — GewA. 2 432, KGJ. **25** C 50 (KG). Auf Grund des Abs. 4 ist der § 7 VO. des PrMHandGew. v. 28. 11. 01 gerechtfertigt, wonach Rechtskonsulenten Eingaben an Behörden, welche sie im Auftrag eines Kunden verfassen und von diesem unterschreiben lassen, auf der ersten Seite oben links mit ihrem Namen, Wohnung und der lfd. Nr. des Auftrags im Geschäftsbuche versehen müssen.

5. GewA. **3** 596 (KG.). Zentralbehörde im Sinne des § 38 Abs. 1 u. 4 ist in Preußen der betr. Ressortminister, und zwar bezüglich des Umfanges der Befugnisse und Verpflichtungen, sowie des Geschäftsbetriebs der Versteigerer der Minister für Handel und Gewerbe.

§ 40. 1. PrOVG. **40** 300, Gew. **1** 427. Der § 40 hat eine von der zuständigen Behörde nach Maßgabe der GewO. und der daneben in Betracht kommenden Landesgesetze rechtsgültig erteilte Erlaubnis zur Voraussetzung und schließt lediglich für diesen Fall den Widerruf aus.

2. BraunschwZ. **05** 124 (Braunschweig). Die Erlaubnis darf auch nicht unter Resolutivbedingung erteilt werden.

3. FischersZ. **28** 188 (Dresden). Einschränkungen durch allgemeine, aus sicherheits- und wohlfahrtspolizeilichen Gründen erlassene Polizeivorschriften sind zulässig.

3. WürttMinInn. 8. 3. 02, WürttAmtsbl. **03** 73, GewA. **2** 631. Eine einer Gewerbekonzession zugefügte unzulässige Befristung macht die Konzession ungültig.

4. Abs. 2. SächsMinInn. 25. 2. 05, FischersZ. **29** 62. Die Vorschriften der §§ 20, 21 gelten ohne Rücksicht darauf, auf welchem Grunde die Versagung der Schankerlaubnis beruht, insbesondere ob auf Reichs- oder Landesrecht.

III. Umfang, Ausübung und Verlust der Gewerbebefugnisse.

Vorbemerkung: Aus der spärlichen Literatur ist die Arbeit von Schultzenstein über die persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht hervorzuheben (s. zu § 46). Die Rechtsprechung hatte sich hauptsächlich mit den praktisch wichtigen Fragen der Gewerbeausübung außerhalb des Gemeindebezirks der gewerblichen Niederlassung und der Zurücknahme der Gewerbegenehmigung zu beschäftigen.

§ 41. Olshausen, PrVerwBl. **26** 632. Folgende polizeiliche Vorschriften verstoßen gegen § 41: 1. Das Verbot, weibliche Bedienung in Schankwirtschaften zu halten (vgl. aber zu § 34). 2. Das Verbot, bestimmte Arten von Kellnerinnen zu beschäftigen, insbesondere bestrafte und übelbeleumundete Kellnerinnen. 3. Das Verbot, Kellnerinnen unter einem bestimmten Lebensalter zu beschäftigen, soweit nicht die Reichsgesetze selbst ein solches Verbot enthalten (ebenso Deutsche GemeindeZtg. **44** 36 [HansOLG.]). 4. Die Vorschrift, daß die Wirte Kellnerinnen nur verwenden dürfen, wenn sie im Besitze geeigneter Räumlichkeiten zur wohnlichen Aufnahme derselben sind. 5. Jede Beschränkung des Wirtes in der Zahl der von ihm beschäftigten Kellnerinnen.

§ 41 a. Vgl. zu §§ 105 b u. i. 1. GewA. **2** 443, FischersZ. **25** 210 (Dresden). Der Betrieb eines Photographie-Automaten, der gegen ein Geldstück eine mit dem Bilde des Einwerfenden versehene Metallplatte liefert, gehört zum Handelsgewerbe. — GewA. **2** 271 (KG.). Bei einer Konditorei mit Schankkonzession ist zu unterscheiden: a) Verkauf im Schankbetriebe zum Verzehr auf der Stelle — am Sonntag gestattet, b) Lieferung bestellter Waren im gewerblichen Konditoreibetriebe — Werkstättenbetrieb nach §§ 105 b u. 105 e GewO., c) der Verkauf im Handelsgewerbe, für den § 41 a gilt. — FrankfRundsch. **35** 101, GewA. **1** 475 (Frankfurt). Der Verkauf einer Ware, die außerhalb der Verkaufsstelle verzehrt werden soll, fällt unter das Handels-, nicht unter das Schankgewerbe.

2. Rohmer, R. **05** 468. Die Pächter von Zigarrenbuffets in Schankwirtschaften sind selbständige Gewerbetreibende und daher den allgemeinen Bestimmungen über Sonntagsruhe und Ladenschluß unterworfen. Die aus der öffentlich-rechtlichen Schankkonzession fließenden Rechte, also auch das Recht aus § 105 i, sind auf Pächter nicht übertragbar. Da die Wirtschaftsräume öffentliche Orte im Sinne der GewO. sind, sind jene Pachtbetriebe offene Verkaufsstellen im Sinne der §§ 41 a, 139 e GewO.

3. BayObLG. (Straff.) **1** 4, GewA. **2** 270. Unter „offener Verkaufsstelle“ ist eine ständige Verkaufsstelle zu verstehen, in der die Handel- und Gewerbetreibenden ihre Waren zu verkaufen pflegen, sei es Laden, Lagerraum oder auch die Wohnung des Gewerbetreibenden. Vgl. GoltdA. **49** 158, GewA. **2** 95 (KG.) zu § 139 a.

4. GoltdA. **48** 166, GewA. **1** 112 (Colmar). §§ 41 a, 146 a beziehen sich nur auf den Betrieb des Handelsgewerbes, nicht aber auf das bloße Offenhalten der Verkaufsstellen und ein in ihnen betriebenes, dem Ortsstatute nicht unterworfenes Gewerbe, z. B. Schankwirtschaft. — LG. Freiburg, BadRpr. **01** 259, GewA. **1** 282. Das Offenhalten des Ladens über die Polizeistunde hinaus ist für sich allein nicht ausreichend, die Absicht des Inhabers auf Fortsetzung des Gewerbebetriebs zu beweisen, zumal bei ländlichen Verhältnissen; das Aufräumen von Waren im offenen Laden enthält keinen Gewerbebetrieb im Sinne des § 41 a.

5. BadRpr. **02** 260, GewA. **1** 280 (Karlsruhe). Die beim Ladenschluß im Laden anwesenden Kunden dürfen noch bedient werden, wie die Analogie von § 139 e Abs. 1 Satz 2 GewO. ergibt. — Entgegengesetzter Ansicht Rohrscheidt, GewA. **1** 280 Anm. 1, sowie DJZ. **03** 348, GewA. **3** 66 (Köln).

6. FischersZ. **25** 210 (Dresden). Das Betriebsverbot des § 41 a ist unabhängig davon, ob dritte Personen beschäftigt worden sind; es soll nur in demselben Umfang eintreten, wie das Verbot der Beschäftigung Dritter an Sonn- und Festtagen.

7. GoltdA. **51** 378 (Köln). Ein Käufer, der den Verkäufer nur auf die Probe stellen will, ist nicht Anstifter.

8. Wegen der Schankwirtschaften vgl. zu § 105 i.

§ 41 b. WürttMindInn. 31. 1. 03, Amtsbl. 67, GewA. **2** 633. § 139e Abs. 1 Satz 2 findet im Falle des § 49 e auf Gewerbe, die nicht Handelsgewerbe sind, keine Anwendung.

§ 42. 1. DJZ. **05** 1070 (SächsOVG.). Die bloße Aufstellung eines Verkaufsautomaten ist noch nicht als Begründung einer gewerblichen Niederlassung anzusehen.

2. BayObLG. **4** 52, AmtsblMinInn. **03** 465, GewA. **3** 446. Abs. 2 bezeichnet nur das Mindestmaß der Erfordernisse einer gewerblichen Niederlassung. Es sind im konkreten Falle aber alle Umstände zu prüfen. Auch eine Zweigniederlassung, die dem Hauptgeschäfte gegenüber eine gewisse Selbständigkeit hat,

ist eine gewerbl. Niederlassung. Vgl. v. d. Decken, SächsOVG. **4** 14, KGJ. **22** A 91, BayRpflZ. **05** 225 (BayObLG.).

3. GewA. **4** 606 (KG.). Durch die Erfüllung der gesetzlichen Förmlichkeiten der Begründung einer gewerblichen Niederlassung, z. B. polizeiliche Anmeldung, wird ein Beweis dafür, daß es sich wirklich um eine solche, und nicht vielmehr um einen Wanderlagerbetrieb handle, nicht unbedingt erbracht. Wegen der Wanderlager vgl. im übrigen zu § 55.

§ 42 a. 1. BraunschwZ. **04** 172 (Braunschweig). Unter „anderen öffentlichen Orten" versteht der § 42 a solche Orte und Räumlichkeiten, welche nach ihrer Zweckbestimmung dem Publikum allgemein oder doch unter gewissen nicht individuell wirkenden Bedingungen zugänglich sind. — GoltdA. **49** 346, GewA. **2** 444 (Breslau). Ein mit einer Schankwirtschaft zusammenhängender Raum, welcher einem Auktionator zur Versteigerung einer Uhr überlassen ist, ist kein „öffentlicher Ort" im Sinne des § 42 a, wenn er nicht zugleich zum Schankbetriebe benutzt wird.

2. BayObLG. **2** 305, SeuffBl. **02** 408, GewA. **2** 273. Die Bestimmung des Abs. 3 bezieht sich nur auf das Feilbieten innerhalb des Gemeindebezirkes des Wohnorts oder der gewerblichen Niederlassung. — KGJ. **23** C 76. Die im § 42 b gestatteten Beschränkungen, die nie zu einem völligen Verbote gesteigert werden dürfen, können nicht von der Ortspolizeibehörde angeordnet werden. Diese kann den Gewerbebetrieb nur den allgemeinen, d. h. für jedermann, auch für Nichtgewerbetreibende geltenden Vorschriften unterwerfen.

§ 43. 1. MecklZ. **19** 119, GewA. **1** 72 (Rostock). Gewerbsmäßig handelt, wer eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit fortsetzt oder doch in der Absicht der Fortsetzung entfaltet. — Der Begriff des „Verteilens" enthält an sich schon eine Mehrheit von Einzelhandlungen; die Weggabe des einzelnen Exemplars ist also noch keine selbständige Erwerbshandlung. — SächsOLG. **26** 397, FischersZ. **29** 374. Nicht erforderlich ist, daß der Verteilende eigenen Erwerb beabsichtigt; es genügt beabsichtigter Erwerb für eine Verbandskasse, mag diese auch nicht rechtsfähig sein. — KGJ. **27** C 63. Gewerbsmäßig verteilen liegt vor, wenn zwar der Empfänger nichts zahlt, aber ein dritter Auftraggeber den Verteiler entlohnt.

2. GewA. **4** 586 (KG.). Spielkarten sind weder „Druckschriften" noch „andere Schriften", noch endlich „Bildwerke" im Sinne des § 43.

3. **RG.** (Straff.) **35** 53, GewA. **1** 654. Der § 43 Abs. 5 führt nicht eine Erweiterung des Verbots der nichtgewerbsmäßigen Verteilung von Druckschriften 2c. wieder ein; er beschränkt vielmehr die den Landesregierungen verbliebene Verbotsbefugnis noch weiter und beseitigt das im § 10 PrPreßG. enthaltene Verbot bezüglich der Verteilung in geschlossenen Räumen.

§ 44. 1. GewA. **1** 480 (PrOVG.) Auf den Umfang des Gewerbebetriebs, insbesondere auf das Vorhandensein eines offenen Ladens, kommt es nicht an. — GewA. **1** 656 (PrOVG.). Ein stehendes Gewerbe kann auch in der Wohnung betrieben werden. Auf den Umfang des Gewerbebetriebs und die Anmeldung eines stehenden Gewerbes kommt nichts an.

2. KGJ. **23** C 91. Agenten sind nicht im Dienste des Gewerbetreibenden stehende Reisende.

3. Abs. 2. KGJ. **23** C 35, GewA. **1** 482. Proben und Muster sind solche Gegenstände, deren ausschließliche wirtschaftliche Bestimmung darin besteht, die vertragsmäßigen Eigenschaften der zu liefernden Ware festzustellen. Einzelne Lieferungen einer Druckschrift sind keine Proben und Muster des Werkes.

4. Abs. 3. Produzenten. ThürBl. **52** 105 (Jena). Ein Landwirt, der aufgekauftes Vieh weiter pflegt und füttert, daß es in anderem Zustande ver-

kauft wird, ist Produzent. Unerheblich ist es, ob er gerade die Ware, welche der Aufkäufer gekauft hat, produziert hat, wenn er nur sonst ein Produzent ist. — GoltdA. **49** 366, GewA. **2** 445 (Jena). Das Reinigen und Sortieren von Preiselbeeren und Pilzen, welches diese Naturerzeugnisse erst zu handelsfähigen Waren macht, stellt ein „Produzieren" im Sinne des § 44 Abs. 3 dar.

5. BayObLG. **1** 98, GewA. **2** 274. Bestellungen „aufsuchen" in Abs. 3 ist identisch mit „suchen" in Abs. 1 und bedeutet ein Sichbemühen, gleichviel ob der Anbietende zu den Kauflustigen geht oder diese infolge seiner Bemühungen zu ihm kommen. — AmtsblMinInn. **05** 92, BayRpflZ. **05** 156 (BayObLG.). Das Aufsuchen von Warenbestellungen setzt nicht ein Aufsuchen des Kauflustigen voraus. Es genügt die Einladung an den Kauflustigen, beim Einladenden Bestellungen außerhalb des Gemeindebezirks seiner gewerblichen Niederlassung zu machen.

6. GoltdA. **48** 149, GewA. **1** 74 (Celle). § 44 setzt eine ausdrückliche Aufforderung zu einem oder beliebigen Besuchen voraus; bloßes Gestatten, Sichgefallenlassen genügt nicht. Maßgebend ist der wirkliche Wille des Auffordernden, der Ausdruck „Aufforderung" ist nicht entscheidend. Nicht notwendig ist aber, daß die erste Anregung zu den Besuchen von dem Auffordernden ausgegangen ist. Ähnlich MecklZ. **19** 123, GewA. **1** 76 (Rostock), GoltdA. **48** 312 (KG.). — ThürBl. **49** 78, GewA. **1** 658 (Jena). Die „Aufforderung" in Abs. 3 ist ein weiterer Begriff, als die „Bestellung" im § 55; sie kann auch von dem Gewerbetreibenden selbst veranlaßt sein und ein für allemal geschehen. — KGJ. **25** C 58, GewA. **2** 650, AmtsblMinInn. **05** 92 (BayObLG.). Eine „vorgängige ausdrückliche Aufforderung" liegt nicht vor, wenn der Gewerbetreibende bei dem Kunden selbst die Aufforderung und unmittelbar darauf die Bestellung aufnimmt.

7. KGJ. **23** C 40. Der „Geschäftsbetrieb" im Sinne des Abs. 3 umfaßt jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, auch die Landwirtschaft.

8. BayObLG. **5** 10. Auch plastische Bildwerke fallen unter den § 44, desgleichen gewebte oder gewirkte Bildwerke, daher auch gestickte Haussegen. Aber nicht jede Stickerei ist ein Bildwerk. Es wird dabei auf den Gegenstand der Darstellung, dessen Verwendungszweck, u. U. auch auf die mehr oder minder vollendete Herstellungsart u. dgl. Umstände ankommen. — GewA. **4** 446 (KG.). Ein „Bildwerk" ist nicht alles dasjenige, was wie ein Bild als Wandschmuck nur zum Anschauen bestimmt ist, sondern ein Werk, das etwas abbildet, das einen wirklichen oder in der Phantasie des Bildners vorhandenen Gegenstand auf irgendeine Weise darstellt, damit der Beschauer diesen Gegenstand (das Vorbild) in dem Bildwerke (dem Abbilde) erkenne. — GewA. **4** 107 (KG.). Haussegen, die in der Hauptsache Bibelsprüche und nur als nebensächliche Verzierung ein Bild aufweisen, sind keine Bildwerke.

9. KGJ. **22** C 103. Durch § 44 Abs. 4 ist ausgedrückt, daß im übrigen die Vorschriften des III. Titels auf den Legitimationskartenverkehr nicht Anwendung finden sollen. Die salvatorische Klausel im § 42 Abs. 1 steht dem nicht entgegen, sie bezieht sich nur auf die Geschäfte, welche über den § 44 hinausgehen.

§ 44a. 1. GewA. **1** 290, PrVerwBl. **22** 591 (PrOVG.). Einem Gewerbetreibenden, der ein stehendes Gewerbe betreibt, kann die Ausstellung von Legitimationskarten für sich und seine Gehilfen auch dann nicht verweigert werden, wenn ein Teil seines Gewerbebetriebs sich als Gewerbebetrieb im Umherziehen darstellt.

2. GewA. **3** 605 (PrOVG.). Dem Reisenden steht die Antragsbefugnis (Abs. 1) nicht zu.

§ 45. 1. GewA. 3 271 (PrOVG.). Stellvertreter ist nur derjenige, welcher das Geschäft oder einzelne Zweige desselben im Namen und auf Rechnung des Inhabers verwaltet. Vgl. AmtsbldMindInn. 03 518, GewA. 3 274 (Stuttgart), GewA. 3 403 (PrOVG.).

2. GewA. 1 297 (PrOVG.). Hiernach darf als Stellvertreter für ein Schankgewerbe jemand nicht bestellt werden, demgegenüber die Annahme gerechtfertigt ist, daß er das Gewerbe zur Förderung der Völlerei 2c. (§ 33 Abs. 2 Ziff. 1) mißbrauchen werde. Ist ein solcher bestellt, so kann die Polizei sowohl gegen den Schankwirt, als gegen den Vertreter Maßregeln zur Verhinderung der Ausübung ergreifen.

§ 46. 1. Schultzenstein, Persönliche gewerbliche Konzession und Erbrecht, VerwA. 10 113—156. Das Recht der Witwe und minderjährigen Erben stellt weder eine Erbfolge, noch eine sonstige Nachfolge dar (117). — Die Witwe hat das Recht aus § 46 auch, wenn sie nicht Erbin ist (119). — Das Recht ist ein eigenes Recht der Witwe 2c., kein abgeleitetes, und zwar ein gemeinschaftliches, welches von vornherein stillschweigend als bedingtes Recht miterteilt ist (121). — Unrichtig ist die Theorie von Reger, v. Schicker und Kähler, wonach die Konzession des Verstorbenen als nicht erloschen fingiert und für Rechnung der Witwe 2c. von einem Stellvertreter des Verstorbenen ausgeübt wird (124). — Geisteskranke oder geistesschwache Erben stehen den Minderjährigen nicht gleich (135). — Die Polizeibehörden und Verwaltungsgerichte können das Vorhandensein des Erbrechts selbständig prüfen, sie können aber auch Vorlegung eines Erbscheins verlangen (138). — Auch Vor- und Nacherben haben das Recht aus § 46. Das Recht des Nacherben ist von dem des Vorerben unabhängig. Bei Konzessionsentziehung oder Betriebseinstellung in der Person des Vorerben lebt die Konzession mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge in der Person des Nacherben wieder auf (142). — Der Erbschaftskäufer hat das Recht aus § 46 nicht, wohl aber der Käufer eines Miterbenanteils. Der Erblasser kann das Recht aus § 46 nicht ausschließen (153).

2. WürttMinInn. 8. 3. 02, Reger 22 318, GewA. 2 276. Der zu regulierende Nachlaß muß derjenige des persönlich konzessionierten Gewerbetreibenden sein oder, falls nach seinem Tode die Auseinandersetzung zwischen seiner Witwe und den Miterben aufgeschoben ist, auch der Nachlaß der Witwe. Dagegen gehört die wirtschaftliche Verwertung der Nachlaßobjekte durch den Erben nicht zur Nachlaßregulierung.

3. GewA. 4 244 (PrOVG.). Nach § 46 sind Witwen zur Fortsetzung des Gewerbebetriebs für eigene Rechnung in eigener Person so lange ermächtigt, als sie verfügungsfähig sind und den gesetzlichen Anforderungen, z. B. denen des § 33, entsprechen. Daher kann ihnen wegen ihrer Verfehlungen die Konzession entzogen werden.

4. PrVerwBl. 22 465, GewA. 2 446 (PrOVG.). Wenn nach dem Tode des Gewerbetreibenden das Gewerbe einmal auf die Witwe allein oder auf die minderjährigen Kinder allein übergegangen ist, kann es der ausgeschiedene Teil nicht ohne neue Konzession wieder übernehmen. Zustimmend Schultzenstein, VerwA. 10 147.

§ 48. 1. GewA. 1 416, WürttZ. 13 207 (Stuttgart). Der Inhaber oder Erwerber einer dinglichen Wirtschaftsgerechtigkeit bedarf der Erlaubnis nach § 33 GewO., welche aber nur aus den auf die persönliche Qualifikation bezüglichen Gründen versagt werden darf. Dagegen müssen solche Wirte ihre Lokale in einem den polizeilichen Anforderungen entsprechenden Zustande erhalten. Die hierbei stattfindende Einwirkung der Polizei kann aber den Charakter einer Erlaubniserteilung nur bei Erweiterung des Umfanges oder wesentlicher Verände-

rung der bestehenden Berechtigung annehmen. Ebenso OLG. Braunschweig BraunschwZ. **52** 124.

2. SächsOVG. **5** 317. Die Erlaubnis, die der Pächter eines realberechtigten Gasthofsgrundstücks nachsuchen muß, stellt kein selbständiges persönliches Recht des Pächters dar. Sucht der Eigentümer nun um die Erlaubnis nach, den Gewerbebetrieb durch den Pächter in ganz neuen Räumen desselben Grundstücks auszuüben, so kann dies regelmäßig nur dahin verstanden werden, daß nunmehr die bisherigen Gewerbsräume durch die neuen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht völlig ersetzt werden sollen.

3. BraunschwZ. **05** 124, DJZ. **05** 1128 (Braunschweig). § 48 bezieht sich nicht nur auf Übertragung unter Lebenden, sondern auch auf Übertragung durch Erbschaft.

§ 49. 1. Vgl. zu § 33 Ziff. 13. PrVerwBl. **24** 72, GewA. **2** 278 (PrOVG.). Ein Verzicht auf die Schankkonzession muß der zuständigen Behörde gegenüber ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen erklärt werden. Vgl. RG. (Strafs.) **36** 155, GewA. **2** 634. — GewA. **1** 662 (PrOVG.). Eine Schankkonzession erlischt nicht, wenn der Gewerbetreibende das Geschäft 3 Jahre lang durch einen Stellvertreter hat ausüben lassen, wohl aber, wenn der „Stellvertreter“ in Wirklichkeit für eigene Rechnung tätig war. — GewA. **3** 276, **4** 448 (PrOVG.). Auf den Willen des Schankwirts kommt es dabei nicht an. — GewA. **2** 382 (PrOVG.). Die Schankkonzession erlischt nicht deshalb, weil der Inhaber durch privatrechtliche Verhältnisse zeitweise behindert ist, über die betr. Räume zu verfügen. — SächsMinEntsch. 11. 7. 03, FischersZ. **26** 301, GewA. **3** 450. Der Verkauf der Schankstätte enthält nicht ohne weiteres den Verzicht auf die Schankkonzession.

2. PrVerwBl. **25** 407 (BezirksA. Berlin). Der Abs. 5 bezieht sich nicht auf die Fristen in Abs. 1 u. 2.

§ 51. 1. Köhne, PrVerwBl. **26** 857. Die Untersagung gewerblicher Anlagen ist gemäß § 51, und nur in dem hier geregelten Verfahren, zulässig gegen konzessionierte und nicht konzessionspflichtige Anlagen, welche polizeiwidrig geworden oder als solche erkannt sind, ohne bestehende Bestimmungen zu verletzen. Bei Nachteilen für die Öffentlichkeit und Gefahren kann die Polizei einschreiten, sofern der Betrieb nicht unterbunden wird, und zwar gegen konzessionierte oder nicht konzessionspflichtige Anlagen und auch auf dem Gebiete reiner Gewerbepolizei, wo nicht das Gesetz eine solche Regelung selbst ausschließt. Die Privilegierung aller Arten gewerblicher Anlagen, auch der nicht durch eine Genehmigungsbehörde besonders erlaubten, beruht lediglich darauf, daß eine wirkliche Unterbindung, Untersagung des Betriebs nur bei überwiegenden Gefahren und Nachteilen zulässig ist, während die Polizei gegen sonstiges Eigentum auch bei nicht überwiegenden Gefahren vorgehen kann. Ein begrifflicher Unterschied zwischen konzessionierten Anlagen und den nur auf Grund gesetzlicher Freiheiten begründeten besteht nicht.

2. SächsOVG. **1** 308, Reger **22** 297, GewA. **2** 204. § 51 setzt voraus, daß eine gewerbliche Anlage in ihrer Gesamtheit, nicht ein bloßer Betriebszweig, untersagt worden ist. Entgegengesetzt Rehm, HirthsAnn. **04** 71.

3. GewA. **1** 385 (PrOVG.). § 51 ist nicht anwendbar, wenn nur ein die nächtliche Ruhe störender Betrieb untersagt wird.

4. RG. JW. **05** 440, R. **05** 597 Nr. 2507. Die aus gesundheitspolizeilichen Rücksichten erfolgte polizeiliche Untersagung eines Gewerbebetriebs rechtfertigt einen Entschädigungsanspruch auf Grund der GewO. nicht. — GewA. **3** 523 (PrOVG.). § 51 ist nur auf Anlagen anwendbar, zu deren Betrieb der Unternehmer durch die erteilte Genehmigung (§§ 16 ff.) ein Recht erlangt hat, und

auf solche nicht genehmigungspflichtige Anlagen, deren Betrieb, wenn auch mit Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden, sich doch innerhalb der gesetzlichen oder polizeilichen Vorschriften bewegt. Laufen sie aber diesen Vorschriften zuwider, dann Untersagungsrecht der Polizei nach § 10 II. 17 ALR.

5. **RG. 50** 4, GewA. **2** 98. Der § 51 gestattet eine ausdehnende bzw. analoge Anwendung nicht, insbesondere nicht auf den Fall, daß ein Gewerbebetrieb nachträglich untersagt wird, weil er nach baupolizeilichen Vorschriften an der gewählten Stelle nicht hätte gestattet werden dürfen, oder auf den Fall einer unter Verletzung von Kompetenzbestimmungen geschehenen Unterdrückung des Gewerbebetriebs. — **RG.** JW. **01** 757. § 51 enthält eine Sonderbestimmung mit einem speziellen Tatbestand und gestattet daher keine analoge Anwendung etwa auf den Fall, daß unter Verletzung der Kompetenzbestimmungen von einer unzuständigen Behörde, aber nicht aus den Gründen des § 51 eine gewerbliche Anlage untersagt wird.

§ 53. 1. Allgemeines. BraunschwZ. **01** Beil. 16, GewA. **1** 424 (Verw. GH. Braunschweig). § 53 bezieht sich nur auf materielle Voraussetzungen der Genehmigung und setzt voraus, daß die Genehmigung in formell gültiger Weise erteilt ist. Ist dies nicht geschehen, so kann eine nach Landesrecht zulässige Aufhebung der Genehmigung eintreten. — GewA. **2** 290, **3** 615 (PrOVG.). Daß die Existenz des Gewerbetreibenden durch die Untersagung des Gewerbebetriebs gefährdet wird, ist bei bestehendem öffentlichen Interesse an der Untersagung nicht zu berücksichtigen.

2. Abs. 1. GewA. **1** 301, 488, **2** 449 (PrOVG.). Einem Arzte, welchem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, ist für die Dauer des Ehrverlustes in der Regel die Approbation zu entziehen. — GewA. **1** 488, **2** 449 (Pr. OVG.). Ob die Aberkennung der Ehrenrechte begründet war, ist bei dem Verfahren nach § 53 Abs. 1 nicht zu prüfen.

3. Abs. 2. Allgemeines. — **a)** GewA. **2** 450 (PrOVG.). Eine „Unrichtigkeit der Nachweise" liegt nur vor, wenn eine wesentliche Tatsache im Widerspruche mit dem wahren Sachverhalte bescheinigt worden ist, nicht aber, wenn ein Führungsattest eine Bestrafung aus einer Zeit nicht enthält, auf welche sich das Attest gar nicht bezieht. — **b)** GewA. **2** 107, **4** 600 (PrOVG.). Nicht die Tatsache der Verurteilung im Strafverfahren läßt eine Hebamme als bescholten erscheinen, sondern die der Verurteilung zugrunde liegende Handlung oder Unterlassung ist maßgebend. Vgl. zu § 35. Ebenso bei einem Schankwirt, GewA. **2** 285, 646 (PrOVG.). — GewA. **1** 666 (PrOVG.). Der Verwaltungsrichter darf im Konzessionsentziehungsverfahren nicht die Feststellungen des Strafrichters zugrunde legen, sondern er hat die Zeugenaussagen unmittelbar für seine Feststellungen zu verwerten (vgl. GewA. **1** 668 [PrOVG.]). Er braucht aber die Zeugen nicht nochmals zu vernehmen (GewA. **2** 283 [PrOVG.]). — **c)** GewA. **2** 646 (PrOVG.); SächsOVG. **4** 182. Die Worte „aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers" im Abs. 2 sind nicht dahin zu verstehen, daß eine Mehrzahl einzelner Handlungen oder Unterlassungen vorliegen müsse, sie bezeichnen vielmehr nur das Erfordernis eines bestimmten Verhaltens des Inhabers im Gegensatze zu bloßen „Tatsachen". Vgl. auch VerwGH., Karlsruhe, Bad. Rpr. **02** 62. — **d)** GewA. **1** 670 (PrOVG.). Zur Konzessionsentziehung genügen nicht erhebliche Zweifel an der künftigen Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, sondern nur die volle Überzeugung von der künftigen Unzuverlässigkeit. — GewA. **3** 610 (PrOVG.). Mißbrauch der Konzession ist keine notwendige Voraussetzung der Rücknahme der Konzession nach Abs. 2. — GewA. **3** 452 (PrOVG.). Unzuverlässigkeit wegen Meineids. — **e)** GewA. **2** 289, BraunschwZ. **49** 32 (VerwGH. Braunschweig). Durch das Behalten eines als

unzuverlässig bekannten Vertreters tut der Konzessionsinhaber seine eigene Unzuverlässigkeit dar, welche zur Konzessionsentziehung berechtigt, ohne daß eine vorgängige Aufforderung der Behörde zur Entlassung des Stellvertreters erforderlich ist. — GewA. 1 674, 2 475 (PrOVG.). Die Unzuverlässigkeit eines Gesindevermieters und Stellenvermittlers kann daraus gefolgert werden, daß die Besorgnis besteht, es werde seine unzuverlässige Ehefrau einen nachteiligen Einfluß auf sein geschäftliches Verhalten ausüben. Ebenso bezüglich einer Losehändlerin, GewA. 2 66 (PrOVG.). Jedoch ist dieser Schluß nicht immer richtig nach GewA. 2 109 (PrOVG.). — f) GewA. 4 114, 452 (PrOVG.). Wegen Mangels der bei der Genehmigung vorausgesetzten Eigenschaften des Betriebslokals kann zwar die Fortsetzung des Betriebs der Gastwirtschaft durch die Polizeibehörde — sei es auf Grund des § 15 Abs. 2 GewO., sei es vermöge ihres Berufs, der Verübung strafbarer Handlungen (§ 147 Nr. 1 GewO.) aus polizeilichen Rücksichten zu begegnen, — untersagt, dagegen die Erlaubnis zum Betrieb auch dann nicht entzogen werden, wenn der Mangel durch freie Handlungen oder Unterlassungen des Betriebsinhabers herbeigeführt worden ist. — g) PrOVG. 40 317, GewA. 1 298, PrVerwBl. 22 618. Die Zurücknahme des Prüfungszeugnisses einer Hebamme kann nicht auf Handlungen gestützt werden, welche diese vor der Erteilung des Prüfungszeugnisses begangen hat. Ebenso allgemein für § 53 Abs. 2 SächsOVG. 4 71, GewA. 3 287, DJZ. 05 128; GewA. 2 637 (PrOVG.). Die Schankkonzession kann nicht wegen solcher Vorstrafen entzogen werden, die bei Erteilung der Konzession bekannt waren, wohl aber können dieselben bei der Würdigung des späteren Verhaltens mit ins Gewicht fallen. — PrOVG. 38 285, GewA. 1 79. Wenn nach erteilter Konzession die Zufertigung der Konzessionsurkunde vom Nachweise der Errichtung und Einrichtung gewisser Baulichkeiten abhängig gemacht wird, so gilt die Konzession nicht als auf Grund dieser Nachweise erteilt; bei Unrichtigkeit derselben tritt also nicht Zurücknahme der Konzession ein, sondern Strafe nach § 147[1] GewO. — h) PrOVG. 40 316, GewA. 1 461, PrVerwBl. 23 230. Die Genehmigung kann nach Abs. 2 nur in dem ganzen Umfang, in dem sie erteilt ist, nicht teilweise zurückgenommen werden. — i) GewA. 3 612 (PrOVG.). Die Zurücknahme der Bestallung eines Feldmessers wird durch die Einstellung des Gewerbebetriebs nicht ausgeschlossen. — GewA. 1 674 (PrOVG.). Die Anzeige, daß der Stellenvermittler sein Gewerbe aufgegeben und abgemeldet habe, hat auf den Fortgang des Untersagungsverfahrens keinen Einfluß. — k) GewA. 3 453 (PrOVG.). Die Zurücknahme der Bestallung als Wäger setzt voraus, daß der Wäger das Gewerbe selbständig ausübt.

4. GewA. 2 286 (PrOVG.). Die erforderliche Zuverlässigkeit in bezug auf den Hebammenberuf ist eine derjenigen Eigenschaften, die nach Preußischem Landesrechte bei der Erteilung des Prüfungszeugnisses als Hebamme vorausgesetzt werden mußten. — GewA. 2 107 (PrOVG.). Einer Hebamme gegenüber, die nicht mehr unbescholten ist, muß von dem Rechte der Entziehung des Prüfungszeugnisses Gebrauch gemacht werden. — GewA. 2 107 (PrOVG.); BraunschwZ. 49 30, GewA. 2 287 (VerwGH. Braunschweig). Des unbescholtenen Rufes kann eine Hebamme schon durch einen einzigen vorübergehenden Fehltritt verlustig gehen, insbesondere durch außerehelichen Geschlechtsverkehr und außereheliche Geburt. Diese genügt zur Entziehung des Prüfungszeugnisses. Vgl. aber auch GewA. 2 636 (PrOVG.). — GewA. 1 664 (PrOVG.). Eine Hebamme, die sich der Hehlerei schuldig gemacht hat, besitzt nicht die unantastbare Rechtlichkeit und Redlichkeit, die vermöge ihrer Vertrauensstellung von ihr gefordert werden muß; daher ist ihr das Prüfungszeugnis zu entziehen. Ebenso bei Diebstahl, GewA. 4 113 (PrOVG.).

5. Vgl. zu § 33. GewA. 2 283 (PrOVG.). Der Schankwirt muß Fürsorge treffen, daß das unzüchtige Treiben seines Publikums aufhört; nötigenfalls muß er das zur Unzucht neigende Publikum ganz aus seiner Wirtschaft entfernen. — BraunschwZ. 49 31 (VerwGH. Braunschweig). Er muß insbesondere gegen seine Familienglieder und Gewerbsgehilfen einschreiten, wenn er Grund hat, anzunehmen, daß sie ihre Pflichten in sittlicher Hinsicht verletzen werden. — GewA. 4 246 (PrOVG.). Wenn ein Schankwirt eine unmäßige Menge von Spirituosen in einzelnen Quantitäten zum sofortigen Genuß auf der Stelle fortgesetzt an einen notorischen Gewohnheitstrinker verabfolgt hat, so rechtfertigt dies Verhalten gegenüber einer einzelnen Person die Annahme, daß der Schankwirt auch künftighin sein Gewerbe zur Förderung der Völlerei mißbrauchen werde. Ähnlich BadRpr. 03 5, GewA. 1 487, Ztschr. f. BadVerw. 34 15 (VerwGH. Karlsruhe). — GewA. 2 642 (PrOVG.). Förderung der Völlerei bei den eigenen Angestellten, indem diese auf Provision von dem selbst getrunkenen Bier, das die Gäste bezahlen, angewiesen sind, berechtigt zur Entziehung der Konzession. — GewA. 2 639, 644, 4 241 (PrOVG.). Häufige und erhebliche Überschreitungen der Polizeistunde rechtfertigen die Zurücknahme der Schankkonzession. — GewA. 2 637 (PrOVG.). Dagegen nicht geringe Überschreitungen, welche sich nicht über den Beginn der bürgerlichen Ruhezeit erstreckt haben.

6. GewA. 4 594 (PrOVG.). Ein vereideter Landmesser, der von seinem Gehilfen ausgeführte Messungen als von ihm selbst herrührend bescheinigt, entbehrt der Zuverlässigkeit, welche die Voraussetzung für seine Bestellung als Landmesser gebildet hat.

7. GewA. 2 466 (PrOVG.). Wiederholte Begehung von Ausschreitungen in Trunkenheit als Grund zur Zurücknahme der Bestallung eines Fleischbeschauers.

8. GewA. 1 672 (PrOVG.). Handlungen eines Gesindevermieters, die auf einer bloßen Nachlässigkeit beruhen können, nicht aber die Absicht einer Täuschung vermuten lassen, berechtigen nicht zur Entziehung der Erlaubnis. — GewA. 1 675 (PrOVG.). Einer Gesindevermieterin, welche wegen Betrugs und Unterschlagung zu einer Geldstrafe von 100 M. verurteilt worden ist, kann schon wegen dieser Handlungen der Gewerbebetrieb untersagt werden. — GewA. 2 290 (PrOVG.). Einer Gesindevermieterin, welche Mädchen zur Arbeit während des Tages an Prostituierte vermietet, ist unzuverlässig.

Titel III. Gewerbebetrieb im Umherziehen.

Vorbemerkung: v. d. Decken, Das Recht der Wanderlager und seine geschichtliche Entwicklung, SächsOVG. 4 1—34, 5 1—32, 6 1—32, erörtert ausführlich die geschichtliche Entwicklung und die moderne Rechtsnatur des Wanderlagers, das auch in der Praxis den Anlaß zu vielen Entscheidungen gegeben hat. Im Vordergrunde des Interesses stehen auch die Entscheidungen betr. die vom Feilbieten im Umherziehen ausgeschlossenen Druckschriften, welche in sittlicher Beziehung Ärgernis zu geben geeignet sind.

§ 55. 1. Allgemeines. WürttJ. 13 384, GewA. 1 676 (Stuttgart), MecklZ. 21 114, GewA. 3 72 (Rostock). Ein Gewerbebetrieb im Umherziehen liegt auch vor, wenn ein Kaufmann außerhalb seines Wohnorts Kauflustige nach vorgängiger Annoncierung in einem Gasthofe zum Zwecke der Entgegennahme von Bestellungen empfängt. Entgegengesetzt HessRspr. 3 162 (Darmstadt) und bei einem Rechtskonsulenten, sofern er nicht auf der Stelle Arbeiten mehr mechanischer Art anfertigt, ThürBl. 51 108 (Naumburg).

2. v. d. Decken, SächsOVG. 4 12. „Wohnort" ist weder der Ort des vorübergehenden Aufenthalts, noch der Wohnsitz im Sinne der §§ 7 ff. BGB., sondern der Ort, an welchem jemand tatsächlich den Mittelpunkt seiner Verhältnisse, seiner Tätigkeit, seines Lebens hat, wenn er auch sich dort nur vorüber-

gehend aufhält. BayVerwGH. 24 288, GewA. 3 293. Wohnsitz und Wohnort im Sinne der GewO. bedeutet dasselbe wie im bürgerlichen Rechte. Wohnort ist derjenige Ort, an dem jemand eine Wohnung zu längerem oder kürzerem Aufenthalt oder auch zum Zwecke ständigen Wohnsitzes hat.

3. MecklZ. 19 123 (Rostock); GewA. 1 491, 3 288, 4 250, KGJ. 25 C13 (KG.); v. d. Decken, SächsOVG. 4 10. Die Worte „ohne vorgängige Bestellung" beziehen sich auf die Person des Gewerbetreibenden, nicht auf die Ware; jedoch muß die Bestellung zum Feilbieten die verlangte Ware schon individualisieren. — BayObLG. 1 24, GewA. 2 294. Auch der Zeitpunkt des eventuellen Vertragsschlusses darf nicht ganz unbestimmt sein, z. B. „später". — Bay. ObLG. 4 198. Desgleichen die Person des Bestellers. — HessRspr. 3 76, Ztschr. f. St.- u. GemVerw. 27 105 (Darmstadt). Die vorgängige Bestellung kann auch erfolgen, während der Gewerbetreibende schon an dem Orte weilt, wo der Bestellende wohnt. — FischersZ. 23 296, GewA. 1 307 (Dresden). Eine allgemeine öffentliche Aufforderung zu bestellen, genügt nicht.

4. GewA. 4 605 (KG.). „Waren" sind bewegliche körperliche Sachen, mögen sie auch im Einzelfalle Zubehör eines Grundstücks sein. Werden sie aber mit dem Grundstück als dessen Zubehör feilgehalten, so trifft § 55 nicht zu.

5. GewA. 1 681, 3 288 (KG.); RG. GewA. 2 115. Feilbieten ist das Bereitstellen und Zugänglichmachen der Ware selbst unter positiven, zum Kaufe anregenden Handlungen, sei es dem einzelnen, sei es dem Publikum gegenüber. — Reger 20 173 (SächsOVG.); v. d. Decken, SächsOVG. 4 7. Das Anpreisen und Zurschaustellen gehört zum Feilbieten nicht notwendig. — BayObLG. 2 235, GewA. 2 652. Ebensowenig ein förmliches Anbieten.

6. KGJ. 25 C61, Reger 23 393, GewA. 2 651. In dem Aufsuchen von Bestellungen auf größere Bilder nach kleinen Photographien ist kein Aufsuchen von Warenbestellungen, sondern ein Anbieten gewerblicher Leistungen zu finden. Entgegengesetzt Ztschr. f. Verw.- u. Rechtspflege 31 113 (Oldenburg), wonach ein Wandergewerbeschein gemäß § 44 Abs. 3 u. 4, weil ein Bildwerk vorliegt, nicht erforderlich ist. — FischersZ. 28 71 (Dresden) hält ein Feilbieten gewerblicher Leistungen im Sinne des sächs. Hausiersteuergesetzes, aber auch ein „Anbieten" im Sinne des § 55 Ziff. 3 GewO. nicht für gegeben, weil es an der sofortigen Ausführung fehlt. — GewA. 3 70 (KG.). Das Aufsuchen von Bestellungen auf photographische Aufnahmen ist weder ein Aufsuchen von Warenbestellungen, noch ein Feilbieten gewerblicher Leistungen.

7. Über den Begriff des Wanderlagers vgl. v. d. Decken, SächsOVG. 4 1—22. Nach ihm gehört zum Begriffe des Wanderlagerbetriebs: daß Waren gewerbsmäßig ohne vorherige Bestellung in der Form des Gewerbebetriebs im Umherziehen feilgeboten werden, und zwar von einer festen Verkaufsstätte aus und außerhalb des Meß- und Marktverkehrs. — BayObLG. (Straff.) 1 77, GewA. 2 299. Der Betrieb eines Wanderlagers ist als Gewerbebetrieb im Umherziehen anzusehen. Wanderlager ist ein Unternehmen, in welchem außerhalb des Wohnorts des Unternehmers und außer dem Marktverkehr von einer festen Verkaufsstätte aus vorübergehend Waren feilgeboten werden. Ein Wanderlager liegt vor, wenn das Lokal bloß gelegentlich, wenn Bedarf nach den Waren ist, benutzt wird. — SächsOLG. 24 28, FischersZ. 25 216, GewA. 2 476. Zum Begriffe des Wanderlagers ist nicht erforderlich, daß die Waren von auswärts hergeführt worden sind; es darf jedoch der Gewerbebetrieb des Unternehmers am Orte selbst kein dauernder sein. Ebenso Reger 23 26 (BayObLG.), GewA. 2 478, v. d. Decken 16. Entgegengesetzt Ztschr. f. St.- u. GemVerw. in Hessen 28 34 (Darmstadt). — GewA. 4 608 (KG.); Ztschr. f. St.- u. GemVerw. in Hessen 28 34 (Darmstadt), v. d. Decken, SächsOVG. 4 17. Der Begriff des Wander-

lagers setzt einen größeren Bestand voraus. Entgegengesetzt BayObLG. (Strafs.) 3 223, GewA. 3 296.

§ 55 a. ThürBl. **49** 78, GewA. **1** 658 (Jena); BayObG. **4** 305. Der im § 44 geregelte Gewerbebetrieb unterliegt nicht dem Verbote des § 55 a.

§ 56. 1. Ziff. 5. GoltdA. **48** 158, GewA. **1** 86 (Hamburg). Pfandscheine sind keine Wertpapiere im technischen Sinne und deshalb auch nicht im Sinne des § 56.

2. Ziff. 8. AmtsbldMindInn. **04** 342 (BayObLG.). Stoßwaffe ist zwar nicht jeder Gegenstand, der zur Verursachung einer erheblichen Körperverletzung mittels mechanischer Einwirkung verwendet werden kann, wohl aber eine Waffe im technischen Sinne, also ein Werkzeug, das bestimmungsgemäß Menschen zum Angriff oder zur Verteidigung dient und geeignet ist, äußere Körperverletzungen beizubringen, daher auch z. B. ein im Griff feststehendes Messer.

3. Ziff. 9. KGJ. **21** C 108, GewA. **1** 84. Geheimmittel ist ein zur Verhütung oder Heilung von Leiden empfohlenes Mittel, dessen Natur und etwaige Bestandteile und Zusammensetzung nicht bekannt sind oder spätestens bei der Ankündigung bekannt gegeben werden. Bei zusammengesetzten Mitteln genügt es, daß bei der Ankündigung ein einziger Bestandteil nicht mit seinem im Handel oder in der Literatur üblichen Namen bezeichnet ist. Vgl. KGJ. **23** C 56 (PrOVG.); GewA. **1** 308, **3** 621 (Dresden). Geheimmittel sind nur arzneiähnliche Stoffe und Zubereitungen, die dem Körper zugeführt, also verbraucht werden, nicht lediglich äußerlich anwendbare Apparate. — GewA. **1** 685 (PrOVG.). Wer die Erteilung eines Wandergewerbescheins für den Gewerbebetrieb zur Beseitigung von Hühneraugen beantragt, hat die zur Erreichung dieses Zweckes beabsichtigten Maßnahmen positiv zu bezeichnen, damit erkennbar ist, ob es sich nicht etwa um das Feilbieten von Giften, Arznei- oder Geheimmitteln handelt.

4. Ziff. 11. **RG.** (Strafs.) **37** 145, FischersZ. **29** 116. Auch Gebrauchsgegenstände können „Schmucksachen oder Bijouterien" sein, so z. B. Uhrketten, und zwar auch aus unedlem Metalle bestehende.

5. Ziff. 12. GewA. **1** 88, PrVerwBl. **22** 536 (PrOVG.). Nach den Worten „Ärgernis zu geben geeignet sind" kommt es nicht sowohl auf den Inhalt der Druckschrift an sich an, als vielmehr auf eine bestimmte Wirkung, welche die Druckschrift bei Gelegenheit und infolge ihrer Vorbereitung durch das Wandergewerbe auf Käufer oder Nichtkäufer auszuüben geeignet ist. — GewA. **2** 297 (KG.). Soweit die geschlechtliche Sittlichkeit allein in Frage kommt, hat § 56 Ziff. 12 GewO. im wesentlichen dieselben Schriften im Auge, wie § 184 RStGB. — GewA. **1** 311 (PrOVG.). Es genügt nicht, daß die Druckschrift in politischer Beziehung Ärgernis zu erregen geeignet ist, wohl aber, daß sie durch Verletzung des Sittengesetzes der Wahrhaftigkeit ein Ärgernis zu bereiten vermag. — SächsOVG. **5** 205. Daß eine Druckschrift auf das Sensationsbedürfnis spekuliert, rechtfertigt nicht das Verbot. — SächsOVG. **7** 19. Der Kolportagehandel mit einzelnen Druckschriften kann auch um deswillen untersagt werden, weil mit dem Vertriebe noch gewisse Nebenzwecke verfolgt werden, die nach Landesrecht einer besonderen Genehmigung bedürfen und ohne solche polizeilich bei Strafe verboten sind, z. B. die Veranstaltung einer Kollekte durch einen Aufdruck auf den Druckschriften, wonach ein Teil des Reinerlöses zu gewissen wohltätigen Zwecken verwendet werden soll.

6. Abs. 2. ErldWürttMindInn. 25. 4. 02, Amtsbl. 193. Nicht verboten ist das Aufsuchen von Bestellungen auf die im Abs. 2 bezeichneten Waren. Ebenso PrMinErl. 7. 5. 02, PrMBlHandGewVerw. 206.

7. Abs. 4. GoltdA. **48** 311 (KG.). Der Abs. 4 bezieht sich nicht auf § 42 a GewO., d. h. auf den ambulanten „Gewerbebetrieb innerhalb des Gemeinde-

bezirks des Wohnorts oder der gewerblichen Niederlassung". Die Prüfung, ob die Druckschrift Ärgernis zu geben geeignet sei, steht der Verwaltungsbehörde nur für den Abs. 4 und für § 149 [2] zu.

§ 56 a. Ziff. 1. KGJ. **21** C 31, SeuffBl. **01** 167 (BayObLG.); GoltdA. **51** 206 (Colmar). Man übt ein Gewerbe aus, wenn man gewerbliche Leistungen anbietet; es ist nicht erforderlich, daß Patienten behandelt werden. — Amtsbl. d. MindInn. **01** 111, GewA. **1** 313 (BayObLG.). Das Verkaufen von Bruchbändern ohne vorgängige ärztliche Anordnung erscheint als Ausübung der Heilkunde. Entgegengesetzt HessRspr. **3** 162, GewA. **3** 73 (Darmstadt). — GoltdA. **51** 206 (Colmar). Das Ausreißen, Plombieren und Zurichten von Zähnen fällt, weil damit chirurgische Operationen in der Mundhöhle verbunden sind, unter den Begriff der Zahnheilkunde.

§ 56 b. 1. GewA. **1** 598 (KG.). Anderweite Beschränkungen des Hausierhandels sind nur auf Grund allgemeiner, nicht für den Hausierhandel allein geltender Polizeiverordnungen zulässig.

2. **RG.** (Straff.) **37** 9; DJZ. **05** 366 (KG.). Eine landespolizeiliche Anordnung, welche allen Personen, die sich mit dem Ankauf oder Vertriebe von Schweinen gewerbsmäßig beschäftigen, die Verpflichtung zur Führung eines Kontrollbuchs auflegt, ist nicht rechtsgültig, da die Reichsgesetzgebung die Maßregeln gegen die Viehseuchengefahr erschöpfend regelt. Für den Viehhandel im Umherziehen hätte der Zwang gemäß § 56 b GewO. eingeführt werden können. Die allgemeine Vorschrift darf aber nicht für die Fälle, für die sie zulässig gewesen wäre, für gültig erklärt werden. Vgl. KGJ. **30** C 43.

§ 56 c. 1. GoltdA. **51** 414 (Kassel). Die Vorschriften des § 56 c über das Feilbieten von Waren im Umherziehen finden auch bei einem Marktverkehr Anwendung. Unter Umständen, besonders bei einem bestehenden Gebrauch oder Herkommen, kann als Versteigerung auch ein allmähliches Abbieten des Verkäufers selbst angesehen werden, wofern er nur an das erste Gebot, das an ihn herantritt, gebunden sein will.

2. v. d. Decken a. a. O. **4** 5. Zum Begriffe des Wanderlagerbetriebs im Sinne der GewO. gehört: a) daß Waren ohne vorherige Bestellung feilgeboten werden und daß diese Feilbietung erfolgt, b) in der Form des Gewerbebetriebs im Umherziehen, das heißt α. außerhalb des Wohnorts des Unternehmers, und, falls dieser die Waren durch einen anderen feilbieten läßt, auch außerhalb des Wohnorts dieses Stellvertreters, sowie β. ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung, ferner c) von einer festen Verkaufsstätte aus, endlich d) außerhalb des Meß- und Marktverkehrs. Diese sämtlichen Merkmale werden von v. d. Decken im folgenden unter ausgiebiger Verwertung der Literatur und Judikatur einzeln erörtert. Im übrigen vgl. wegen der Wanderlager zu § 55 Ziff. 7.

§ 57 a. 1. GewA. **1** 493 (PrOVG.). Ernährer einer Familie im Sinne der Ziff. 1 ist auch der in kinderloser Ehe lebende Mann, mag er auch ungewöhnlich jung sein. — Ztschr. f. St. u. GemVerw. **29** 42 (ProvA. in Oberhessen). Es genügt, daß der Nachsuchende der wesentliche Ernährer der Familie ist, ohne dessen Verdienst die Familie nicht existenzfähig sein würde, mögen auch die übrigen Mitglieder der Familie, soweit es in ihren Kräften steht, miterwerben helfen.

2. BayVerwGH. **25** 13, GewA. **3** 465. Das Verwaltungsgericht hat zu entscheiden, ob die Voraussetzungen der Versagung oder der nach Ziff. 1 Abs. 2 zulässigen Erteilung des Wandergewerbescheins vorliegen; ob dieser dagegen der Regel des § 57 a zuwider doch erteilt werden soll, beschließt die Polizeibehörde nach ihrem Ermessen.

3. GewA. **2** 304, Reger **23** 223, GewA. **2** 653 (PrOVG.). Die vierjährige Tätigkeit muß den gesetzlichen Voraussetzungen des 3. Titels der GewO. entsprochen haben.

§ 57 b. 1. Ziff. 1. GewA. **2** 113 (PrOVG.). Wenn trotz fehlenden Wohnsitzes früher der Wandergewerbeschein doch erteilt worden ist, muß bei einer nunmehrigen Versagung desselben entweder festgestellt werden, daß der Mangel des Wohnsitzes der erteilenden Behörde früher nicht bekannt gewesen sei oder daß besondere Gründe für eine andere Übung des ihr nach § 57 b zustehenden Ermessens eingetreten seien.

2. Ziff. 2. **a**) GewA. **2** 481 (PrOVG.). Zu einer „strafbaren Handlung aus Gewinnsucht“ im Sinne der Ziff. 2 ist erforderlich, daß die Gewinnsucht ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal des betr. Delikts ist; es genügt, daß der Beweggrund Gewinnsucht war, mag es sich um die Erlangung eines Vermögensvorteils oder um die Abwendung eines Schadens gehandelt haben. — **b**) Bay. VerwGH. **23** 240, Reger **22** 175, GewA. **2** 305. Eine Gesamtstrafe von einer Woche reicht nicht aus. — **c**) PrOVG. **38** 289, GewA. **1** 96. Wenn der Bezirksausschuß in Kenntnis der Bestrafung den Wandergewerbeschein dennoch erteilt hat, kann er nicht die Erteilung für das folgende Jahr wegen jener Bestrafung versagen.

3. Ziff. 3. Reger 3. ErgBd. 46 (BayVerwGH.). Zweimalige Bestrafung ist wiederholte Bestrafung.

§ 59. 1. Ziff. 1. GewA. **1** 97, GoltdA. **47** 458, MecklZ. **19** 243 (Rostock). Lebendes Vieh ist nicht zu den Erzeugnissen der Landwirtschaft im Sinne des § 59 Ziff. 1 zu rechnen. — Entgegengesetzt bezüglich der Schweine RheinA. **100** II 112 (KG.). — BayRpflZ. **05** 433 (BayObLG.). Der Ausdruck „Feilbieten“ in Ziff. 1 umfaßt nicht das Aufsuchen von Bestellungen. Der Begriff „Feilbieten erfordert, daß der Kaufgegenstand selbst vorgezeigt und zur sofortigen Übergabe an den Käufer bereit gehalten wird. — RheinA. **100** II 112 (KG.), WürttMinErl. 9. 10. 04, Amtsbl. 458. Für den Gehilfen gilt die Befreiung gleichfalls.

2. Ziff. 2. **a**) KGJ. **28** C 50 (KG.). Die Entfernung vom Wohnort in Nr. 2 bemißt sich nicht vom Mittelpunkte, sondern vom Weichbilde des Wohnorts aus. — **b**) GoltdA. **49** 350, GewA. **2** 484, Reger **23** 396 (Celle); BayRpflZ. **05** 472 (BayObLG.). Für den Gehilfen des Verfertigers gilt die Befreiung nicht. Entgegengesetzt v. Rohrscheidt, GewA. 2 484, KGJ. **20** C 108, GewA. **3** 77 (KG.) (mit Zusammenstellung der Literatur und Judikatur). — **c**) KGJ. **29** C 9. Durch eine Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde, welche die Fortsetzung des höheren Wochenmarktverkehrs mit bestimmten Handwerkerwaren gemäß § 64 Abs. 2 gestattet, werden diese Waren nicht zu „Gegenständen des Wochenmarktverkehrs“ im Sinne des § 59 Abs. 1 Nr. 2.

3. Ziff. 4. Reger **23** 399, GewA. **3** 80 (BayObVG.). Ortspolizeibehörde im Sinne der Ziff. 4 ist nur die für den Gemeindebezirk, in dem das Feilhalten stattfinden soll, zuständige.

§ 60. 1. PrMinErl. 4. 8. 04, PrMBlHandGewVerw. **05** 22. Wenn die Ausdehnung von Wandergewerbescheinen nur für bestimmte Tage beantragt wird, darf sie nicht für einen längeren Zeitraum erfolgen.

2. BayObLG. **4** 391. Die durch den Wandergewerbeschein ausgesprochene Berechtigung zum Gewerbebetrieb im Umherziehen betrifft nur die Zulassung zu diesem Gewerbebetriebe, nicht aber die Art der Ausübung.

§ 60 d. BraunschwZ. **05** 125, DJZ. **05** 224 (Braunschweig). § 60 d Abs. 2 hat nicht nur die gewerbliche Stellvertretung im ganzen oder etwa im Sinne des § 45 im Auge. Unentgeltlichkeit der Dienstleistung reicht aus.

§ 62. GewA. **1** 100, PrVerwBl. **22** 289, FischersZ. **01** 105 (PrOVG.). Die Vorschriften des § 62 Abs. 1 u. 2 beziehen sich auch auf die eigenen Kinder des Nachsuchenden.

§ 63. BayVerwGH. **24** 18. Ein „Versagen" im Sinne des § 63 ist auch die Verweisung an die Behörde des Wohnorts (§ 61 Abs. 1), sofern die Verweisung nicht zulässig ist; dagegen kein Rekurs, wenn nur die Angemessenheit der Verweisung bestritten wird.

Titel IV. Marktverkehr.

Vorbemerkung: Behandelt sind einige begriffliche Fragen, so die des „Marktes" und „Marktverkehrs", sowie der Ungleichheit der Befugnisse der Marktbesucher; ferner Einzelfragen.

Literatur: Nelken, Die Beschränkungen der Marktfreiheit auf den Jahr- und Wochenmärkten, VerwA. **11** 451—474.

Zu §§ 64 ff. SächsOLG. **25** 497. Das Recht der Polizeibehörden zur Regelung des markt- und höferähnlichen Verkehrs auf öffentlichen Straßen, und so auch die Anordnung, daß die Errichtung von Verkaufsständen außerhalb der bestimmten Marktplätze auf öffentlichen Straßen nur mit Genehmigung der Behörde zulässig sei, kann schon aus allgemeinen polizeilichen Gesichtspunkten hergeleitet werden.

§ 64. **RG.** SächsA. **14** 220, SeuffA. **59** 371, JW. **04** 95 Nr. 21, HansGZ. **04** Beibl. 195 (vgl. HansGZ. **03** Beibl. 139 [Hamburg]). Die „Befugnisse" der einzelnen Marktbesucher werden dadurch nicht ungleich, daß letztere sich sämtlich bei ihrer Aufstellung auf dem Markte nach den der Polizei zweckmäßig erscheinenden Anordnungen richten müssen, mögen auch einzelne Besucher ein für allemal feste Plätze, andere wechselnde Plätze angewiesen erhalten.

§ 68. 1. KGJ. **23** C 78, GewA. **1** 687. Unter Marktverkehr versteht die GewO. nur den Verkehr auf einem von der zuständigen Behörde genehmigten Markte, bei dem die behördlichen Vorschriften über Lage, Ort und Gegenstände des Marktes beobachtet sind. Bloße Übertretungen der Marktordnung sind aber nur als solche und nicht als unbefugte Ausübung des Gewerbebetriebs im Umherziehen zu bestrafen.

2. GewA. **1** 690 (KG.). Marktstandsgeld darf nur für Überlassung eines festen Verkaufsstandes auf dem Markte erhoben werden, nicht für das bloße Passieren des Marktes mit Stadtwaren. — MecklZ. **21** 309, GewA. **3** 84 (Rostock). Das OLG. ist auch nicht für das Feilbieten im Umherfahren auf den Straßen.

3. PrOVG. **46** 272 Anm. Eine Verpflichtung des Fiskus zur Unterhaltung des Platzes folgt nicht aus dem Umstande, daß er dort Marktstandsgeld erhebt.

§ 69. 1. KGJ. **22** C 15, GewA. **1** 324. Eine Polizeiverordnung, welche den Ankauf von Gegenständen auf dem Marktplatze vor Beginn der Marktzeit verbietet, ist rechtsungültig.

2. KGJ. **24** C 24, GewA. **1** 690, KGJ. **24** C 20, BayObLG. **2** 129. Die Marktordnungen können nicht dem Handel und Wandel außerhalb des Marktplatzes Beschränkungen auferlegen; sie können nicht einmal einen marktähnlichen Verkehr außerhalb des Marktplatzes verbieten.

3. GewA. **3** 625 (KG.). Rechtsgültig ist die Bestimmung einer Marktordnung, daß zur Gewichtsbezeichnung nur amtliche Wiegescheine verwendet werden dürfen.

4. SeuffBl. **01** 527 (BayObLG.). Ein Feilbieten im Umhertragen setzt nicht ein förmliches Anbieten voraus; es genügt, daß der Wille des Besitzers der in specie vorhandenen Waren, diese zu veräußern, in einer den Umständen entsprechenden Weise dem Publikum erkennbar gemacht wird.

§ 70. 1. BayObLG. **2** 82, BayRpflZ. **05** 225, GewA. **2** 654. „Markt" ist eine mit obrigkeitlicher Ermächtigung veranstaltete Einrichtung, die bezweckt, den den Kauf und Verkauf von beweglichen Gegenständen bei einer Konkurrenz von Verkäufern auf eine bestimmte Zeit und einen bestimmten Ort zu konzentrieren.

2. FischersZ. **27** 241 (Dresden). Die im § 70 erwähnten Anordnungen können für Spezialmärkte Vorrechte gewähren und die Bedingungen für solche regeln, aber nicht Beschränkungen des Gewerbebetriebs, insbesondere einen Marktzwang festsetzen; das letztere ist nur aus polizeilichen Rücksichten auf Grund anderer Gesetze zulässig.

Titel V. Taxen.

§ 73. BayObLG. (Straff.) **3** 213. Die Bäcker 2c. dürfen unter dem im Anschlage bezeichneten Preis verkaufen. — SächsOLG. **24** 20, GewA. **2** 121. Gültig ist eine Polizeiverordnung, nach welcher Brot für den Verkauf nur in Laiben von einem oder mehreren ganzen oder halben Kilogrammen gebacken werden dürfen und die Anzahl der Kilogramme auf jedem Laibe anzugeben ist, während Brote, die dem eingedrückten Gewichte nicht entsprechen, nach Gewicht zu verkaufen und vorzuwiegen sind. AM. Rohrscheidt, GewA. **2** 123 Anm. 1.

§ 75 a. Leo, Seehandelsrecht 327. § 75a ist nicht anwendbar neben § 4 G. betr. die Stellenvermittelung für Schiffsleute, v. 2. 6. 02.

§ 79. GewA. **2** 292 (PrOVG.). Eine Polizeiverordnung, welche verbietet, unter die Taxgebühr herunterzugehen, ist ungültig.

Titel VI. Innungen, Innungsausschüsse, Handelskammern, Innungsverbände.

Vorbemerkung: Besonders wichtig sind die Entscheidungen über die Zugehörigkeit zu Zwangsinnungen.

Seidel, HirthsAnn. **04** 741. Grundzüge der Organisation des Handwerks nach dem RGes. v. 26. 7. 97.

I. Innungen. a) Allgemeine Bestimmungen.

§ 81 a. Literatur: P. L. Heubner, Die Entscheidung von Streitigkeiten durch die Innungen und Innungsschiedsgerichte, VerwA. **10** 128—148.

GG. Lehe, GewG. **10** 41. Der Lehrling wird nicht ohne weiteres mit Ablauf der Lehrzeit Geselle des Arbeitgebers. Daher ist für die Klage auf Ausstellung eines Zeugnisses, Gelegenheit zur Anfertigung des Gesellenstücks und Entschädigung wegen Vorenthaltung des Zeugnisses und des Arbeitsbuchs der Innungsausschuß, nicht das Gewerbegericht, zuständig.

§ 81 b. GG. Berlin, SozPr. **12** 707. Heimarbeiter von Innungsmeistern sind keine „Arbeiter" im Sinne der Ziff. 4 und gehören vor die Gewerbegerichte. — GG. Berlin, SozPr. **12** 1029, GewA. **3** 87. Eine offene Handelsgesellschaft kann als solche nicht Innungsmitglied sein. — GG. Berlin, SozPr. **12** 1030, GewA. **3** 88. Die Mitgliedschaft bei einer Zwangsinnung beginnt ohne Anmeldung und Aufnahme, sobald die Voraussetzungen der Mitgliedschaft gegeben sind.

§ 88. PrMinErl. 7. 4. 05, PrMBlHandGewVerw. 92. Der Beitritt einer Innung zu einem Kampfvereine gegenüber den Arbeiterorganisationen, wie z. B. dem Allgemeinen Deutschen Arbeitgeberverband, ist nach §§ 88, 81 a Ziff. 2 unzulässig, sofern die Innung zu Beiträgen verpflichtet wird.

§ 91. LG. Stettin, GewG. **10** 27. Abs. 6 setzt voraus, daß das Gewerbegericht an sich zuständig ist. Wenn ein zuständiges Gewerbegericht nicht besteht, so kann bei einem zuständigen Amtsgerichte geklagt werden, auch wenn in dessen Bezirk ein Gewerbegericht besteht.

b) Zwangsinnungen.

§ 100. 1. Wegen des Verhältnisses von Handwerk zu Fabrik vgl. zu § 134.

2. **RG. 57** 381. Die Vorschriften der GewO. nötigen nicht zu der Annahme, daß ein auf Herstellung körperlicher Güter gerichteter Gewerbebetrieb schlechterdings dann als Handwerk betrachtet werden müßte, wenn er nicht unter den Begriff der Fabrik fällt. Handwerk liegt nicht vor, wenn der Geschäftsinhaber auf die obere Leitung und Disposition beschränkt ist. — Oldenburg Staatsmin., GewA. **1** 696. Ein Tuchhändler, welcher Bestellungen auf Anfertigung von Herrenkleidern nach Maß entgegennimmt, sie durch einen in seinem Geschäftslokale arbeitenden Zuschneider und durch außerhalb des Geschäfts arbeitende Schneider anfertigen läßt, ist zugleich Handwerker. — PrMinErl. 25. 4. 02, PrMBlHandGewVerw. 183. Das Photographen- und die übrigen graphischen Gewerbe gehören zum Handwerke. — PrMinErl. 18. 12. 02, PrMBlHandGewVerw. 432. Desgleichen das Gewerbe der Orgelbauer. — PrMinErl. 26. 4. 02, PrMBlHandGewVerw. 183. Mechaniker und Optiker sind Handwerker. — PrMinErl. 12. 2. 02, PrMBlHandGewVerw. 81. Köche sind keine Handwerker, desgleichen nicht Zahnkünstler. — BadMindInn. 5. 9. 00, BadVerwZ. **33** 39, GewA. **1** 328. Gärtner sind keine Handwerker im Sinne des § 100, dagegen Gewerbetreibende im Sinne des § 81, sofern die feilgebotenen gärtnerischen Erzeugnisse nicht selbst gewonnen sind oder der Vertrieb in einer offenen Verkaufsstelle stattfindet, oder wenn die Produkte für den Verkauf bearbeitet werden. — Großh. Hess. Kreisausschuß, ZtschrfStuGemVerw. in Hessen **27** 130. Eine Bauschlosserei kann auch dann zum Handwerk gehören, wenn sie im Großen betrieben wird und mit einer Fabrikation von Kochherden verbunden ist, selbst bei einem Jahresumsatze von 100000 M. und Beschäftigung von 30—50 Arbeitern.

§ 100 f. PrMinErl. 18. 12. 03, PrMBlHandGewVerw. 436. Juristische Personen sind nicht verpflichtet, einer Zwangsinnung ihres Gewerbes anzugehören. — PrMinErl. 12. 4. 04, PrMBlHandGewVerw. 112. Anders oHGen. — PrOVG. **44** 367. Abs. 2 bedeutet, daß die Zwangsmitgliedschaft auf die Hausgewerbetreibenden durch das Statut ausgedehnt werden kann, solange das jedoch nicht geschehen ist, die Hausgewerbetreibenden nicht Mitglieder der Zwangsinnung sind. — SeuffA. **56** 21, GewA. **1** 107 (Hamburg). Gesellen sind die im Handwerksbetriebe beschäftigten, nicht im Lehrverhältnisse stehenden unselbständigen Lohnarbeiter; hierzu gehören auch die außerhalb der Betriebsstätte des Meisters beschäftigten Arbeiter (Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende), sofern ihre Vergütung sich in den Grenzen der für solche Arbeiten zu leistenden Durchschnittslöhne hält und keinen Unternehmergewinn in sich schließt.

§ 100 l. PrMinErl. 3. 12. 02, PrMBlHandGewVerw. 418. Die Innungskrankenkasse einer freien Innung kann, sobald sie auf eine Zwangsinnung gemäß § 100 l Abs. 1 übergegangen ist, nicht nachträglich auf Grund des Abs. 2 geschlossen werden; die Schließung muß vielmehr bis zu dem Zeitpunkte, wo die Zwangsinnung ins Leben tritt, ausgesprochen sein.

III. Handwerkskammern.

§ 103 e. v. Frankenberg, HirthsAnn. **03** 394. Streitigkeiten zwischen Handwerkern und Gemeinden betreffs Leistung von Beiträgen werden nicht durch die Aufsichtsbehörde der Handwerkskammer entschieden, vielmehr behält es bei den landesgesetzlichen Bestimmungen sein Bewenden.

§ 103 g. PrMinErl. 27. 5. 02, PrMBlHandGewVerw. 233. Die Handwerkskammersekretäre, welche dauernd und hauptamtlich angestellt sind, haben die Rechte und Pflichten der mittelbaren Staatsbeamten.

§ 103. DJZ. **03** 84 (PrOVG.). Kein Verwaltungsstreitverfahren bei Umlegung der Kosten auf die Handwerksbetriebe. Das Verfahren ist durch PrMinErl. 31. 1. 03, PrMBlHandGewVerw. 34 geregelt.

Titel VII. Gewerbliche Arbeiter (Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter).

Vorbemerkung: Von Bedeutung war vor allem das grundlegende Werk von Lotmar über den Arbeitsvertrag, das bereits JDR. 2 vor §§ 611 ff. BGB. berücksichtigt worden ist. Vgl. auch JDR. **3** zu §§ 611 ff. Ziff. 1. Hervorzuheben ist ferner die ausführliche Behandlung der Arbeitsordnung durch Koehne und die interessante Erörterung über das Wesen der Arbeitsordnung von Oertmann. Über Lohnaufrechnung ist besonders die Arbeit von Sinzheimer zu nennen, welche bereits JDR. 2 zu § 387 BGB. erwähnt ist. Die Rechtsprechung zum 7. Titel ist sehr reichhaltig, wie sich das bei der praktischen Wichtigkeit des gewerblichen Arbeitsverhältnisses von selbst versteht. Von Bedeutung sind die Entscheidungen über den Begriff des gewerblichen Arbeiters, insbesondere mit Bezug auf die Gärtner. Wichtig sind die Entscheidungen betreffs des Rechtes auf ein richtiges Zeugnis. Über die Kündigung des gewerblichen Arbeitsverhältnisses verhalten sich naturgemäß eine große Anzahl von Erkenntnissen, unter denen besondere Beachtung die den stillschweigenden Ausschluß der Kündigungsfrist behandelnden Entscheidungen verdienen. Bezüglich der Führung des Meistertitels haben die Übergangsvorschriften zu mehrfacher Erörterung angeregt. Auch der Begriff des Werkmeisters und Betriebsbeamten hat eingehende Behandlung erfahren. Besonders zahlreich und wichtig sind die Urteile über das noch immer recht streitige Verhältnis von Fabrik und Handwerk. Das Reichsgericht hat hier der Ansicht Geltung verschafft, daß die Gesamtheit der Betriebseinrichtungen maßgebend ist, nicht das Vorliegen einzelner Merkmale. Damit ist freilich für die Praxis keine Klarheit und Direktive geschaffen, so daß über diese Fragen noch recht viele Entscheidungen zu erwarten sind.

Literatur: Bail, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer (Berlin 1904). — Bonn, Die Fälle der Anrechnung im Dienstvertrage (Frankfurt a. M. 1905). — Koehne, Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberechte (Leipzig 1901). — Lotmar, Der Arbeitsvertrag (Leipzig 1902). — Nelken, Die deutschen Handwerker- und Arbeiterschutzgesetze (Berlin 1901). — Oertmann, Die rechtliche Natur der Arbeitsordnung, in der Festgabe für Hübler (Berlin 1905). — Plotke, Fabrik und Handwerk (Berlin 1903). — Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag (Stuttgart 1903). — Sinzheimer, Lohn und Aufrechnung (Berlin 1902). — ab Yberg, Die Streiks und ihre Rechtsfolgen (Berlin).

I. Allgemeine Verhältnisse.

§ 105. 1. Lotmar, Arbeitsvertrag 306. Selbständiger Gewerbetreibender ist derjenige, welcher in eigenem Namen sich zu seinem Gewerbe gehörige Arbeit gegen Entgelt versprechen läßt, mag er auch die ihm zu leistende Arbeit seinerseits einem Dritten zu leisten haben. Die Arbeitgeberstellung ist ein Erfordernis, die Arbeitnehmerstellung kein Hindernis des „selbständigen Gewerbetreibenden". Daß der Gewerbebetrieb für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortlichkeit erfolge, ist nicht erforderlich; er ist nicht auf das stehende Gewerbe beschränkt. — GG. Hamburg, GewG. **6** 218. Abgesehen von den §§ 114a—119a, ist es der Würdigung des besonderen Falles überlassen festzustellen, ob ein selbständiger Unternehmer oder ein unselbständiger Arbeiter in Frage steht. Bei solcher Feststellung ist es erheblich, ob der Betreffende nur für einen bestimmten oder für mehrere Arbeitgeber beschäftigt ist und ob er allein oder mit Gehilfen arbeitet. — v. Schulz, BraunsA. **10** 721, GG. Berlin 78. Heimarbeiter sind gewerbliche Arbeiter im Sinne des VII. Titels, nicht selbständige Hausgewerbetreibende. — DJZ. **02** 80, GewA. **1** 507 (PrOVG.). Ein Ziegelmeister ist nicht selbständiger Gewerbetreibender, wenn er nicht das Risiko des aus der Differenz zwischen den Herstellungskosten und dem Ziegelpreise sich ergebenden Gewinns und Verlustes zu tragen hat.

2. Lotmar, Arbeitsvertrag 308 f. Die GewO. versteht unter den „gewerblichen Arbeitern" nicht gewerbliche Arbeiter überhaupt, sondern nur die Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker und Fabrikarbeiter. Die GewO. regelt also nicht den gewerblichen Arbeitsvertrag überhaupt, sondern nur den der erwähnten Personen. Gewerbliche Arbeiter müssen die Arbeit an den Arbeitsstätten ihrer Arbeitgeber verrichten. Heimarbeiter sind keine „gewerblichen Arbeiter".

3. RG. JW. **01** 410, GruchotsBeitr. **45** 1078. Die von einem Theaterunternehmer beschäftigten Sänger, Schauspieler und Artisten sind nicht gewerbliche Arbeiter. — GG. München, GewG. **9** 202. Dem ganz oder vorwiegend in einem Wirtschaftsbetriebe beschäftigten Küchen- und Hauspersonale, wie Köchinnen, Küchenmädchen, Spülerinnen, Hausmägden, Hausburschen u. dgl. kommt die rechtliche Eigenschaft von Gewerbsgehilfen, nicht von Dienstboten zu. — OLG. **10** 41, GewA. **3** 101 (München). Eine Person, die sich an einen Speisewirt als Haus- und Küchenmagd verdingt hat, ist nicht Gewerbegehilfe, sondern Dienstbote. — SächsOLG. **22** 178, GewA. **1** 110. Die Büffetmamsell ist nicht als Dienstbote, sondern als Gewerbegehilfin zu betrachten.

4. KGJ. **22** C 16, GewA. **1** 330. Die Gärtnerei im gewöhnlichen Sinne ist, wie die Land- und Forstwirtschaft, von der GewO. ausgeschlossen, nicht aber die eigentliche Handelsgärtnerei, d. h. der handelsmäßige An- und Verkauf von Gartenprodukten und die technische Verwertung derselben zu Kranz-, Blumenwinderei 2c. Aber auch die Kunstgärtnerei unterliegt der GewO. Merkmale derselben sind: Technische Vorbildung des Inhabers, seiner Angestellten und Gehilfen, namentlich in Verbindung mit der Zahl der nichttechnischen Arbeitskräfte, künstliche Anlagen (Frühbeete, Gewächshäuser 2c.), kaufmännische Buchführung 2c., vgl. KGJ. **21** C 72 zu § 120, LG. Düsseldorf, GewG. **7** 228, GewA. **2** 41. Der Gärtnergehilfe, der vorwiegend die Instandhaltung von Gärten, Herstellung von Neuanlagen und Anzucht von Topf- und Freilandpflanzen vornimmt, ist landwirtschaftlicher Arbeiter. — Vgl. Albrecht, Die Rechtsstellung der Gärtner, GewG. **9** 301, HirthsAnn. **04** 490 ff. — KGJ. **21** C 72, GewA. **1** 127. Der Gärtner ist, wie jeder, der eine auf Gewinnung und Verwertung von Urprodukten gerichtete Tätigkeit betreibt, kein Gewerbetreibender, auch wenn er die selbstgewonnenen Erzeugnisse zu Kränzen, Bouquets 2c. verarbeitet und diese, sei es auch in einem Laden, verkauft. Der Handelsgärtner dagegen, der auch angekaufte Erzeugnisse verarbeitet oder den Vertrieb in großem Umfang und kaufmännischen Formen bewirkt, ist Gewerbetreibender. — Gärtnerlehrlinge, die — wenn auch bei einem Handelsgärtner — hauptsächlich im landwirtschaftlichen Betriebe beschäftigt werden, sind keine gewerblichen Arbeiter. Ebenso PrMBlHand. GewVerw. **03** 162, GewA. **2** 662 (KG.). — Ähnlich PrMinErl. v. 20. 1. 02, GewA. **1** 397, MecklOLG. 15. 5. 03, MecklZ. **21** 277. — Kunst- und Handelsgärtner sind keine Handwerker. GewA. **2** 143 (KG.).

§ 105 b. 1. KGJ. **20** C 45, GewA. **1** 118. Beschäftigung gibt nicht nur derjenige Arbeitgeber, der seine Arbeiter auf Grund des Arbeitsvertrags zur Arbeit anhält, sondern auch derjenige, der ihre Tätigkeit in seinem Gewerbebetriebe duldet; nur der nicht, der die Tätigkeit verbietet und verhindert. — DJZ. **05** 1125 (KG.). Der Arbeitgeber muß die Tätigkeit seiner Angestellten zur verbotenen Zeit nicht nur verbieten, sondern verhindern.

2. Reger, 3. ErgBd. 51 (Colmar). Die im Betriebe einer Fabrik beschäftigten Arbeiter unterliegen, auch wenn sich ihre Tätigkeit nach einem anderen Orte erstreckt, den am Sitze der Fabrik geltenden Vorschriften über die Sonntagsruhe.

3. DJZ. **02** 103, GewA. **1** 509 (KG.), BraunschwZ. **03** 94 (Braunschweig). Die Worte „Im Betriebe von" besagen, daß das Beschäftigungsverbot für jede zum Gewerbebetriebe gehörige Tätigkeit, auch die Anfuhr der Rohstoffe und die Abfuhr bestellter Fabrikate, gelten soll.

4. BadMindInn. 18. 9. 05, BadRpr. **05** 286. Bauhöfe sind solche auf eine gewisse Dauer berechnete Anlagen zur Vorbereitung von Bauarbeiten, auf denen auch andere als Holzmaterialien, also insbesondere Stein- und Eisenmaterialien für Bauten zugerichtet werden. Bauhöfe sind nur umfriedete Räume. Zimmerplätze sind als Untergattung der Bauhöfe zu betrachten. — **RG.** DJZ. **04** 816. Im Gewerbebetriebe können auch Badeanstalten als Werkstätten angesehen werden. — DJZ. **05** 704 (Hamburg). Der Raum, wo die zum Betrieb erforderlichen Gerätschaften verwahrt und den Arbeitern verabfolgt werden, ist kein Arbeitsplatz und keine Werkstätte im Sinne des § 105 b.

5. Amtsbl. d. StaatsmindInn. **03** 503 (BayObLG.). Das Anprobieren bestellter Kleidungsstücke im Laden durch den Zuschneider ist als Beschäftigung von Arbeitern im Betriebe von Werkstätten gemäß § 105 b verboten. — PrMinErl. 14. 8. 02, PrMBlHandGewVerw. 325. Die Anfertigung von Kleidungsstücken auf Bestellung ist unter allen Umständen als Ausübung des Schneidergewerbes und nicht des Handelsgewerbes zu betrachten. — GewA. **1** 117, SeuffBl. **01** 232 (BayObLG.). Insoweit Putzarbeiterinnen im Ladengeschäft tätig sind, fällt ihre Beschäftigung unter Abs. 2 des § 105 b, während ihre gewöhnliche Beschäftigung in der Werkstätte unter Abs. 1 das. fällt. Die beim Ladenverkauf an Waren vorgenommenen Änderungs- oder Zurichtungsarbeiten ist als Beschäftigung im Handelsgewerbe zu betrachten. — GewA. **1** 114, AfgewRpfl. **2** 157 (Köln). Die Lieferung bestellter Photographien, auch der sog. Schnellphotographien, gehört zu den produzierenden Gewerben des § 105 b Abs. 1 und ist kein Handelsgewerbe im Sinne der GewO. Die Annahme einer Bestellung, die Ablieferung der hergestellten Photographie und der Empfang des Preises sind Teile jener gewerblichen Tätigkeit.

6. DJZ. **03** 60, GewA. **2** 494 (Köln). Auch für Arbeiter, welche nur am Sonntag gegen Stundenlohn beschäftigt sind, sonst aber selbständige Gewerbetreibende sind, gilt die Sonntagsruhe. — GoltdA. **51** 378 (Köln). Zur an sich statthaften Sonntagsarbeit darf der Arbeitgeber auch solche Arbeiter verwenden, die an den Wochentagen in einem Betriebe mit obligatorischer Sonntagsruhe tätig sind.

7. DJZ. **05** 128 (Hamburg). Die Vorschrift des § 139 e Abs. 1, daß die beim Ladenschluß anwesenden Kunden noch bedient werden können, findet auf den § 105 b Abs. 2 keine entsprechende Anwendung.

8. ZtschrBadVerw. **35** 26, GewA. **2** 494 (VerwGH. Karlsruhe). Wenn durch Ortsstatut für verschiedene Zweige des Handelsgewerbes eine Einschränkung der Sonntagsbeschäftigung auf verschieden lange Zeit festgesetzt ist, so gilt für einen sich auf mehrere Zweige erstreckenden Handelsbetrieb einheitlich die kürzere Beschäftigungszeit, selbst wenn der hierfür maßgebende Handelszweig in dem Handelsbetriebe nicht überwiegt, aber doch einen wesentlichen Bestandteil des Geschäfts bildet. Entgegengesetzt für den Fall, daß besonderes Personal für jeden Geschäftszweig angestellt ist: Reger **23** 234, GewA. **2** 632 (Karlsruhe), und ohne diese Einschränkung SeuffBl. **03** 43 (BayObLG.). — KGJ. **28** C 38. Eine statutarische Bestimmung, wonach in den einzelnen Handelsbetrieben die einzelnen Gehilfen ꝛc. nur einen Sonntag um den anderen beschäftigt werden dürfen, ist nicht rechtsgültig.

§ 105 c. 1. Abs. 1 Ziff. 1. DJZ. **05** 173, GewA. **4** 474 (KG.). Notfall ist nicht gleichbedeutend mit Eilfall, sondern ist ein unvorhergesehenes un-

glückliches Ereignis, das eine Not schafft. Dahin gehören Ereignisse, die außerhalb des Machtkreises des Betroffenen liegen, denen er nicht vorbeugen, auf die er nicht rechnen und die er bei den geschäftlichen Maßnahmen nicht berücksichtigen konnte. Ähnlich Amtsbl. d. StaatsmindInn. **05** 128 (BayObLG.). — GewA. **1** 700 (KG.). Das Ausfahren von Sanitätsmilch kann als Arbeit in Notfällen oder im öffentlichen Interesse angesehen werden. — Amtsbl. d. StaatsmindInn. **04** 195 (BayObLG.). Ziff. 1 nicht anwendbar bei Herstellung einer Zeitung mit politischen Nachrichten und Beerdigungsanzeigen.

2. Abs. 1 Ziff. 4. GewA. **1** 475 (Frankfurt a. M.). Nur solche Arbeiten sind gemeint, welche zur Erhaltung der wirtschaftlichen Verwertbarkeit von Rohstoffen oder Arbeitserzeugnissen erforderlich sind, nicht aber Rechtsgeschäfte, die die Verwertung der Arbeitserzeugnisse zum Gegenstande haben.

3. Abs. 3. GewA. **4** 620 (KG.). Finden an dem Wohnorte des Arbeiters verschiedene Gottesdienste seiner Konfession statt, so braucht nur die Zeit zum Besuch eines Gottesdienstes, falls er dem am Sonntag üblichen Gottesdienst entspricht, freigegeben zu werden.

§ 105 h. MecklZ. **22** 116 (Rostock). Die Landesgesetze, welche unter § 366 Ziff. 1 StGB. fallen, wollen eine Störung der Sonn- und Festtage verhindern und werden durch die GewO. nicht berührt. Die nach §§ 105—105i GewO. zulässigen Beschäftigungen gewerblicher Arbeiter sind also nur insoweit freigegeben, als sie nicht gegen die Polizeiverordnungen über die äußere Heilighaltung der Sonn- und Festtage verstoßen.

§ 105i. 1. GewA. **4** 289 (KG.). Nebenbetrieb und nicht selbständiger Betrieb liegt nur vor, wenn ein Betrieb mit dem Hauptbetrieb organisch verbunden, für die Fortführung des letzteren notwendig und mit diesem herkömmlich und notwendig verbunden ist. Diese Momente fehlen bei einer Bäckerei, welche ausschließlich einem Restaurationsgewerbe dient. Diese Bäckerei ist also eine selbständige, nicht Hilfsbetrieb der Schankwirtschaft.

2. GewA. **4** 287 (KG.). Eine fabrikmäßig eingerichtete und organisierte Waschanstalt, in der nur die im Hotelbetrieb unsauber gewordene Wäsche gereinigt wird, ist keine selbständige Fabrik, sondern gehört zum Hotelbetriebe.

3. GewA. **1** 476 (Braunschweig). Der Betrieb der Schankwirtschaft umfaßt nur die Verabfolgung — auch durch Automaten — von Nahrungs- und Genußmittteln, nicht von Kölnischem Wasser oder dgl. Ebenso bezügl. der Ansichtspostkarten BayObLG. **3** 152, GewA. **3** 268; entgegengesetzt Reger **25** 31 (Hamburg); vermittelnd SächsOLG. **24** 490, GewA. **3** 107, wonach der Verkauf nach der Art des Betriebs kein solcher sein darf, wie er in anderen offenen Verkaufsstellen stattfindet. — Rohmer, R. **05** 468. Die von den Gastwirten verpachteten Zigarrenbuffets ꝛc. nehmen an der gesetzlichen Ausnahmestellung des Wirtschaftsgewerbes bezüglich der Sonntagsruhe und des Ladenschlusses nicht teil. Vgl. zu § 41a unter 2.

4. GewA. **4** 292 (KG.). Eine Theaterschneiderei, deren Arbeit für erst 14 Tage später stattfindende Vorstellungen benutzt wird, ist nicht Hilfsbetrieb des Theatergewerbes.

5. GewA. **4** 293 (KG.). Wenn mit einem Verkehrsgewerbe eine an sich werkstättenmäßige Beschäftigung derart verbunden ist, daß sie nur erfolgt, um den ungestörten Betrieb des Verkehrsgewerbes zu ermöglichen, so ist das Verkehrsgewerbe der Beurteilung zugrunde zu legen. — SächsOLG. **24** 494, GewA. **3** 109. Das Speditionsgeschäft ist kein Verkehrsgewerbe im Sinne des § 105i, sondern Handelsgewerbe.

§ 107. GoltdA. **49** 355, GewA. **2** 501 (Celle). Die Vorlegung der Arbeitsbücher auf amtliches Verlangen hat nur an dem Orte der gewerblichen

Niederlassung des Gewerbetreibenden zu geschehen. — GG. Luckenwalde, Gew. G. **10** 71. Rechtmäßige Lösung des Arbeitsverhältnisses tritt, wenn der Arbeiter die Arbeit ohne rechtlichen Grund verlassen hat und deswegen zur Schadensersatzzahlung verurteilt ist, erst nach Erfüllung der Entschädigungsfrist ein. Erst dann ist der Arbeitgeber zur Herausgabe des Arbeitsbuchs verpflichtet.

§ 111. SächsOLG. **25** 313. Auch die Unterzeichnung der Eintragung ist mit Tinte zu bewirken.

§ 113. (Vgl. zu § 630 BGB.) 1. GG. Konstanz, BadRpr. **03** 334, GewA. **2** 502. Der Arbeiter kann „beim Abgang" ein Zeugnis fordern, nicht z. B. vier Monate später (vgl. GG. Charlottenburg, GewG. 8 78, GewA. 2 503). Entgegengesetzt OLG. Stuttgart, WürttJ. **16** 183, GG. Burg, Gew. G. **10** 66.

2. Recht auf materiell richtiges Zeugnis. — **a)** Brückmann, SeuffBl. **04** 449—465, 518—521, Hilse, KGBl. **04** 37, Fuld, R. **04** 626; s. JDR. **3** zu § 630 BGB. Ziff. 3a. — **b)** WürttJ. **16** 183 (Stuttgart). Der Arbeiter hat nicht nur ein Recht auf ein subjektiv wahres, sondern auf ein objektiv richtiges Zeugnis. — Schwedler, DJZ. **05** 117. Soweit das Zeugnis subjektive Urteile enthält, kann seine Berichtigung nicht verlangt werden, sofern das Zeugnis nicht wider besseres Wissen erteilt ist. Antrag und Urteil müssen jedoch bestimmt angeben, wie die Berichtigung erfolgen, was wegbleiben, was hinzugesetzt werden soll. — LG. I Berlin, GewGer. **10** 161. Das Zeugnis muß zwar ein Urteil über die gesamte Führung und die gesamten Leistungen des Arbeiters enthalten. Das schließt aber nicht aus, daß ein Fall von Pflichtverletzung, welcher das Verhalten des Arbeiters charakterisiert, im Zeugnisse hervorgehoben wird; ebenso wenn dieser Fall der einzig tadelnswerte war. — LG. Cleve, GewG. **9** 297. Bei einer Klage auf Berichtigung des Zeugnisses lautet das Urteil nicht auf Ausstellung eines anderen Zeugnisses durch den Arbeitgeber, sondern: „Das Zeugnis wird dahin berichtigt, daß . . ." Entgegengesetzt WürttJ. **16** 183 (Stuttgart).

3. GG. Dresden, GewG. **6** 219, GewA. **1** 339. Verlangt der Arbeitnehmer ein Zeugnis über Führung und Leistungen, so kann er nicht nachträglich die Streichung oder Weglassung des wahrheitsgemäßen Urteils fordern.

4. **RG. 57** 418, JW. **04** 293 Nr. 16, DJZ. **04** 601. § 113 Abs. 3 ist ein Schutzgesetz zugunsten des Arbeiters. Die Umgehung dieser Vorschrift durch Bildung eines Arbeitgeberverbandes, welcher auf Anzeige einzelne Arbeiter sperrt, kann die anzeigende Firma bei besonderer Härte im Einzelfalle zum Schadensersatze gegenüber dem gesperrten Arbeiter verpflichten. — Zustimmend v. Henle, DJZ. **05** 27.

5. GG. Hamburg, GewG. **7** 192. Ein Schlächtergeselle kann nicht Eintragung eines Zeugnisses in das Innungs-Verbandsbuch beanspruchen.

§ 114 a. GewA. **2** 98 (KG.), Amtsbl. d. StaatsmindJnn. **04** 516 (Bay. ObLG.). § 114a gilt auch für Fabriken.

§ 115. 1. *Bonn, Die Fälle der Anrechnung im Dienstvertrag usw. a) § 115 Abs. 1 verbietet für die Lohnzahlung nicht nur die Leistung an Zahlungsstatt, sondern das Gesetz verbietet auch durch die Bestimmung, daß die Arbeitslöhne auch in Reichswährung zu berechnen seien, die Vereinbarung der Naturallöhnung (59). Ein Aufrechnungsverbot ist in Abs. 1 nicht enthalten; er legt nur fest, daß der schuldige Lohn, nicht aber, daß der volle vereinbarte Lohn auszuzahlen sei (59 f.) — b) Durch das Verbot der Kreditierung von Waren im § 115 Abs. 2 Satz 1 drückt das Gesetz ein Verbot der Aufrechnung gegen die Lohnforderung mit Gegenforderungen aus Warenkreditierung aus (63). — c) Die Gestattung der Anrechnung im § 115 Abs. 2 Satz 2 stellt keine Aus-

nahme von dem im § 115 Abs. 2 Satz 1 ausgesprochenen Aufrechnungsverbot dar. Die Anrechnung ist technische Anrechnung und bedeutet begrifflich: Minderung einer Forderung (Lohnforderung) durch Geltendmachung eines auf Kosten des Schuldners (Lohnschuldners) von dem Gläubiger (Lohngläubiger) erwirkten Vermögensvorteils (84). Daher gestattet § 115 Abs. 2 Satz 2 weder Aufrechnung überhaupt noch Aufrechnung implicite. Vielmehr gestattet er die Anrechnung „verabfolgter" Waren usw.; er gestattet auch nicht die Kreditierung von Waren, da dies gleichbedeutend mit der Entstehung einer Gegenforderung wäre, die ihrerseits Aufrechnung im Gefolge haben müßte, indem nämlich Anrechnung nur mit obligandi causa, nicht mit credendi causa gemachten Leistungen stattfinden kann. — Die vielumstrittene Frage, ob die im § 115 GewO. gestatteten Rechtshandlungen durch das im BGB. § 394 ausgesprochene Aufrechnungsverbot untersagt sind, entfällt durch diese Interpretation des § 115 GewO. völlig (64—70). Vgl. auch zu BGB. § 616 Ziff. 1.

2. Zur rechtlichen Behandlung der Anrechnung vgl. Bem. 9—13 zu § 616 BGB.

3. BadRpr. **03** 62, GewA. **2** 659 (Karlsruhe). § 115 findet auch auf einen Gewerbetreibenden Anwendung, der die Wirtschaftskonzession nach § 33 besitzt.

4. GoltdA. **49** 349, GewA. **2** 503 (Celle). Lohn ist die durch den Arbeitsvertrag festgesetzte Gegenleistung des Arbeitgebers für die vom Arbeiter nach Maßgabe des Arbeitsvertrags zu leistenden Dienste, nicht aber eine Leistung, auf die der Arbeiter kein Forderungsrecht gegen den Arbeiter hat.

5. *Köhne, Arbeitsordnung 199. § 115 GewO. sowie BGB. § 394 beziehen sich stets nur auf den verdienten, nicht auf den vereinbarten Lohn. Hat der Arbeiter, statt seinerseits den Vertrag zu erfüllen, „wie Treu und Glauben in Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern", dem Arbeitgeber dolos oder durch grobe Fahrlässigkeit Schaden an Material oder Arbeitswerkzeugen verursacht, so ist der Arbeitgeber auch nicht zur Lohnzahlung verpflichtet.

6. BayObLG. (Strafs.) **1** 32, GewA. **2** 321. Die Verausgabung von Blechmarken an Arbeiter, auf welche in der Kantine des Betriebs Speisen und Getränke zum ortsüblichen Preise verabfolgt werden und welche bei der Lohnzahlung angerechnet werden, ist unzulässig. Anders OLG. Celle, GoltdA. **49** 353, GewA. **2** 505.

§ 119 a. 1. Köhne, Arbeitsordnung 230 Note 1. Abs. 1 gilt auch für Fabriken mit mindestens 20 Arbeitern.

2. GG. Würzburg, GewG. **7** 193. Die Abrede, daß ein Teil des Lohnes erst gezahlt wird, wenn der Arbeiter ein Jahr im Dienste bleibt, ist gültig.

§ 119 b. Wegen des Unterschieds des „selbständigen Hausgewerbetreibenden" vom Heimarbeiter vgl. AmtlNachr. **18** 287, GewA. **1** 701, v. Schulz, BraunsA. **10** 721 ff., „GewG. Berlin" 78 ff., GG. Hamburg, GewG. **6** 218, GewA. **1** 125.

§ 120. 1. **a)** GewA. **1** 701 (KG.). Musikschüler, die in gewerblichen Konzerten ihrer Schule mitwirken, sind gewerbliche Arbeiter (Lehrlinge), wenn sie in der Hauptsache nicht in künstlerischer Musik ausgebildet werden, sondern eine gewerbliche Tätigkeit entfalten. — **b)** Wegen der Gärtner vgl. zu § 105 Ziff. 4. — **c)** SozPr. **15** 115 (KG.). Ein im Restaurationsbetriebe beschäftigter Hausbursche ist ein gewerblicher Arbeiter, der die Fortbildungsschule besuchen muß.

2. GewA. **4** 304 (KG.). Der Arbeiter muß an dem betr. Orte dauernd beschäftigt sein, sich nicht nur vorübergehend aufhalten, wie z. B. ein Handlungsreisender am Sitze seiner Firma.

3. RheinA. **100** I 49, GewA. **3** 308 (Köln). Maßgebend ist die statutarische Bestimmung derjenigen Gemeinde, wo der Arbeiter tatsächlich beschäftigt ist, nicht wo der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer wohnt, oder wo sich die gewerbliche Niederlassung jenes befindet. — GewA. **3** 305 (KG.). Ein Ortsstatut, welches alle im Gemeindebezirk in Stellung befindlichen Lehrlinge, auch die auswärts wohnenden, zum Besuche der Fortbildungsschule verpflichtet, ist rechtsgültig. Vgl. PrMBlHandGewVerw. **03** 295 (Köln); GewA. **4** 305 (KG.).

4. GewA. **3** 480 (KG.). Der Stundenplan muß unter Beobachtung des § 142 aufgestellt und publiziert werden, anderenfalls ist Schulversäumnis nicht strafbar. — LG. Magdeburg, PrMBlHandGewVerw. **03** 365, GewA. **3** 483. Ein Lehrling, der die Schule versäumt, wird durch das Verbot des Meisters, die Schule zu besuchen, nicht entschuldigt. — GewA. **2** 660 (KG.). Der Lehrling, welcher, einem Befehle des Meisters gehorchend, den Unterrichtsbeginn versäumt, ist nicht strafbar. Die Frage, ob den Schüler eine Verschuldung trifft, entscheidet der Strafrichter, ohne an Vorentscheidungen polizeilicher Behörden gebunden zu sein.

§§ 120 a—e. GewA. **3** 311 (KG.). §§ 120a—e finden auf das Fuhrwesen im Straßenverkehre keine Anwendung.

§ 120 a. 1. RG. GoltdA. **48** 123, GewA. **1** 339. Die Möglichkeit, ohne Beeinträchtigung des Betriebs Schutzvorrichtungen anzubringen, begründet an sich nicht die Pflicht hierzu. Ob eine solche gegeben ist, hängt von den konkreten Verhältnissen ab: von dem Orte der Aufstellung, der größeren oder geringeren Sachkenntnis der an der Maschine Beschäftigten 2c. Verschieden ist insbesondere die Beurteilung der Schuldfrage, je nachdem der Fabrikant einer bestellten Maschine oder derjenige in Frage steht, der sie in seinem Betriebe verwendet. — RG. GewA. **1** 706, SächsA. **11** 727. Wenn die gesundheitsschädlichen Folgen einer Arbeit dem Arbeitgeber nicht bekannt sind, so ist er, wenn ein Verdacht der Schädlichkeit begründet ist, zu entsprechender Aufsicht verpflichtet. Wenn der Arbeitgeber behauptet, daß bessere Einrichtungen nicht haben hergestellt werden können, so ist er hierfür beweispflichtig.

2. SeuffBl. **03** 304 (BayObLG.). Der Satz „volenti non fit iniuria" gilt nicht gegenüber dem § 120a.

3. Jurisch, Luftrecht 197 f. Der Begriff der Arbeitsräume nach § 120a umfaßt alle Räume, die zum Betriebe erforderlich sind, auch Zubehör, wie Speiseräume, Hofräume, Treppengänge 2c. Aber diese Definition gilt nicht ohne weiteres auch für die §§ 16, 25. — RG. SächsA. **12** 480. Ein öffentlicher Weg, welcher zur Arbeitsstätte führt, gehört zu den „Arbeitsräumen" auch dann nicht, wenn er im Eigentume des Arbeitgebers steht und den einzigen Zugang zur Arbeitsstätte bildet.

§ 120 d. 1. BayObLG. (Strafs.) **1** 160, GewA. **2** 326. Nicht der Strafrichter, sondern die Verwaltungsbehörde hat zu prüfen, ob die zur Durchführung der Bestimmungen in §§ 120a bis 120c erlassenen Verfügungen notwendig oder zweckmäßig sind.

2. PrMinErl. 26. 5. 04, PrMBlHandGewVerw. 248. Die Polizeibehörde kann auf Grund der §§ 120a bis 120c die Verwendung von Frauen und jugendlichen Arbeitern zu einzelnen Verrichtungen, zu denen sie ungeeignet sind, verbieten.

§ 120 e. 1. Rosin, DJZ. **05** 135, ZBergR. **42** 438 ff. Die Anhörung der Berufsgenossenschaft ist nicht Bedingung für die Rechtsgültigkeit der Verordnung. — KGJ. **21** C 3, GewA. **1** 130; KGJ. **23** C 3, GewA. **1** 520; KGJ. **28** C 3; RG. (Strafs.) **34** 368, GewA. **1** 515; RG. (Strafs.) **35** 263, GewA. **2** 326; SeuffBl. **03** 250 (BayObLG.). Die Anhörung der Berufsgenossenschaften ist obligatorisch; anderenfalls ist die Verordnung nichtig. — RG. (Strafs.) **34** 368, **35** 262. Die geschehene Anhörung braucht jedoch in der Verordnung nicht

erwähnt zu sein. Dagegen wird die Erwähnung der Anhörung in der Publikationsformel verlangt von KGJ. 21 C 3, 23 C 3 (KG.). Vgl. KGJ. 28 C 3.

2. Löffer, SozPr. 14 1112. Wo die Verordnung der für den allgemeinen Fall zuständigen Faktoren besteht, ist der Einzelanordnung kein Feld mehr gegeben, auch wenn die Betriebsverhältnisse sich praktisch zum Besseren oder Schlechteren gewendet haben. Diese aus den Motiven gefolgerte Gesetzesauslegung hält Löffer zwar für unzweifelhaft richtig, bekämpft aber die Daseinsberechtigung dieses Rechtszustandes.

3. GewA. 1 715 (KG.). Die auf Grund des § 120 e erlassenen Polizeiverordnungen dürfen nur dem Gewerbeunternehmer Verpflichtungen auferlegen, nicht demjenigen, welcher ihm die Fabrikräume vermietet und die Betriebskraft liefert.

4. KGJ. 24 C 11, GewA. 2 147. Die §§ 120 a—c und 120 e umfassen nur solche Aufenthalts- und Schlafräume von Arbeitern, welche dem Betriebe zu dienen bestimmt sind. Die Regelung bezüglich gewöhnlicher Wohn- und Schlafräume der Arbeiterhäuser ist Sache der Landesgesetzgebung. Die auf Grund der §§ 120 a—c erlassene Verordnung muß sich, um gültig zu sein, gleichmäßig auf alle Massenquartiere erstrecken, mögen sie für gewerbliche oder landwirtschaftliche Arbeiter, für Bergbau oder Bauten bestimmt sein. — KGJ. 30 C 3. Eine Polizeiverordnung, die über die Beschaffenheit der Massenquartiere für gewerbliche Arbeiter Anordnungen erläßt, ohne zwischen Unterkunftsräumen innerhalb und solchen außerhalb der Betriebsstätte zu unterscheiden, ist rechtsgültig, wenn sie auf Grund der §§ 120 a—c und 120 e GewO., sowie des G. üb. d. Polizeiverw. v. 11. 3. 50 ergangen ist. Eine auf letzteres Gesetz sich stützende Verordnung über Massenquartiere kann sich auf die Unterkunftsräume der Arbeiter beschränken, die in einer gewissen Art von Betrieben beschäftigt werden, und braucht nicht für Massenquartiere aller Art erlassen zu werden.

5. GewA. 2 221, PrMBlHandGewVerw. 04 473 (KG.). Die polizeilichen Vorschriften über Dampffässer, insbesondere die Polizeiverordn. d. Oberpräs. f. Schleswig-Holstein v. 7. 4. 99 (Amtsbl. 367) beruhen auf § 6 f G. v. 11. 3. 50 bzw. der Verordn. v. 20. 9. 67, nicht auf § 120 e GewO. Sie bedürfen daher keiner vorherigen Anhörung von Berufsgenossenschaften.

6. HansGZ. 02 Beibl. 296 (Hamburg). § 120 e spricht nur von der Dauer der täglichen Arbeitszeit, also vom Normalarbeitstage, und nur von Anordnungen für ganze Gewerbe, Anordnungen, welche die Arbeit während einzelner Stunden an den Vorabenden der Sonn- und Feiertage verbieten, oder welche sich nur auf ein einzelnes gewerbliches Unternehmen beziehen, können auch nach § 120 d erlassen werden.

7. SozPr. 12 935, GewA. 2 664 (Hamburg), AmtsbldStaatsmindJnn. 04 62 (BayObLG.). Der Ausdruck „zu gewährende Pausen" in Abs. 3 besagt nicht, daß es genügt, die Pause dem Arbeiter zur Verfügung zu stellen, daß dieser aber auf die Pause verzichten kann. Die Pause muß vielmehr stattfinden.

II. Verhältnisse der Gesellen und Gehilfen.

§ 122. 1. OLG. 6 246 (KG.). § 122 gilt auch für Arbeiter mit Stücklohn.

2. GG. Landshut, GewGer. 8 24. Ausschluß der Kündigung durch einen Aushang in der Fabrik, die nicht 20 Arbeiter beschäftigt, ist wirksam; nach GG. Ludwigshafen, ebenda, GewA. 2 333, aber nur bei ausdrücklichem Hinweis auf den Aushang.

3. GG. Frankfurt a. M., GewG. 6 195, GewA. 1 140. Die Vereinbarung besonderer Kündigungsfristen kann auch stillschweigend erfolgen; sie gilt als erfolgt, wenn an einem Orte mit Kollektivarbeitsvertrag im einzelnen Falle keine

besondere Abmachung getroffen ist. Anders GG. Weimar, GewG. 8 36. — GG. Breslau, GewG. 7 109, GewA. 1 721, GG. Berlin, SozPr. 11 1133, GewA. 2 153, GG. Charlottenburg, GewG. 8 6, GewA. 2 332, GG. Berlin, Reichsarbeitsbl. 1 223, GewA. 3 124, GG. Oppeln, GewG. 9 196. Ebenso geht ein allgemeiner oder lokaler Geschäftsgebrauch dem § 122 vor. GG. Chemnitz, GewG. 7 223, GewA. 2 151, wenigstens wenn die Parteien ihn kennen. — Immerwahr, R. 05 368. Der Ausschluß der Kündigungsfrist des § 122 kann nur durch ausdrückliche, positiv festgesetzte Abreden, nicht bloß stillschweigende Unterwerfung unter Sondergewohnheiten, Ortsgebräuche ꝛc. vereinbart werden.

4. GG. Charlottenburg, GewG. 7 94, GewA. 1 546, GG. Berlin, SozPr. 9 1134, GG. Rixdorf, GewG. 9 223. Wenn nur Ausschluß der Kündigung vereinbart ist, so ist doch der Arbeitstag als Einheit anzusehen, mag auch Stundenlohn gezahlt werden. — GG. Berlin, SozPr. 9 1133. Die Verabredung „täglicher Kündigung" bedeutet den Ausschluß der Kündigungsfrist.

5. GG. Rixdorf, GewG. 9 259. Vereinbarung stündlicher Kündigung.

6. GG. Hamburg, GewG. 10 216. Ein am Morgen nach Karfreitag entlassener, gegen Wochenlohn beschäftigter Arbeiter kann den Lohn für Freitag, aber nicht für Sonnabend verlangen. Findet trotz Wochenlohns eine rechtmäßige Entlassung im Laufe der Woche statt, so muß es als Meinung der Parteien angesehen werden, daß auch nur ein entsprechender Teil des Wochenlohns geschuldet wird.

7. AG. II Berlin, GewG. 7 194, GewA. 2 152. Ein in der Umzugszeit aushilfsweise angenommener Möbeltransportarbeiter hat mangels eines entgegenstehenden Ortsgebrauchs Anspruch auf zweiwöchentliche Kündigungsfrist.

8. SeuffA. 59 31 (Zweibrücken). Die Bestimmung einer bestimmten Unkündbarkeit des Dienstverhältnisses für den Arbeiter ohne ausdrückliche Bestimmung, daß dieselbe auch für den Arbeitgeber gilt, ist nichtig.

§ 123. 1. RG. 47 246, GewA. 1 141. Verschuldet der Arbeiter seine sofortige Entlassung, so hat er auch den durch dieselbe verursachten Schaden dem Arbeitgeber zu ersetzen. Mehrere Arbeiter haften, wenn sie auf Grund gemeinschaftlich getroffener Verabredung gehandelt und dadurch ihre Entlassung verschuldet haben, als Gesamtschuldner.

2. v. Schulz, BraunsA. 11 787 ff., Das GewG. Berlin 109, Schalhorn das. 156, SozPr. 10 8. Im § 123 sind die Entlassungsgründe erschöpfend aufgezählt. GG. Breslau, GewG. 6 200, GewA. 1 341. Daher kann ein Arbeiter, der zur Leistung der ihm obliegenden Arbeit von Anfang an unfähig war, deswegen nicht entlassen werden; Ziff. 8 trifft hier nicht zu; Irrtum über persönliche Eigenschaften ist nur gemäß Ziff. 1 und 2 erheblich. Dagegen hält GG. Chemnitz, GewG. 10 69 die §§ 116—144 BGB. für anwendbar. Ebenso GG. Cottbus, GewG. 10 204.

3. Ziff. 1. GG. Konstanz, GewG. 9 102, BadRpr. 03 342. Arbeitsproben sind „Zeugnisse" im Sinne des § 123 Ziff. 1.

4. Ziff. 2. GG. Berlin, Reichsarbeitsbl. 1 406, GewA. 3 126. Der Betrug braucht sich nicht gegen den Arbeitgeber zu richten; Versuch reicht aus. — GG. Weimar, GewG. 8 36, GewA. 2 335. Trunkenheit an zwei aufeinander folgenden Tagen ist noch nicht „liederlicher Lebenswandel" im Sinne der Ziff. 2.

5. Ziff. 3. **a)** v. Schulz, BraunsA. 11 787 ff., Das GewGer. Berlin 126. Ziff. 3 setzt die Absicht des Arbeiters voraus, pflichtwidrig zu handeln. — **b)** AG. Gemünden, GewG. 6 355, GewA. 1 342. „Verlassen der Arbeit" setzt voraus, daß der Arbeiter für die Dauer oder für längere Zeit von der Arbeit sich entfernt. — Dagegen genügt Fernbleiben von der Arbeit auch nur für kurze

Zeit ohne Entschuldigung nach GG. Freiburg, BadRpr. 03 77, GewA. 1 722. — GG. Weißenfels, GewG. 8 134, GewA. 2 681. Teilnahme an den Feuerlöscharbeiten auf Grund des Ortsstatuts ist kein unbefugtes Verlassen der Arbeit. Die vertragliche Verpflichtung des Arbeiters, sich vom Feuerlöschdienst freizumachen, ist nichtig, weil die Erfüllung unmöglich ist und die Vereinbarung gegen die guten Sitten verstößt. — **c)** AG. Neuß, GewG. 6 355. Beharrliche Arbeitsverweigerung liegt nur vor, wenn der Arbeiter sich längere Zeit hindurch oder trotz Aufforderung oder Verwarnung weigert, zu arbeiten. — AG. Gemünden, GewG. 6 355. Sie setzt wiederholte Aufforderungen des Arbeitgebers zur Fortsetzung der Arbeit voraus. AA. v. Schulz, BraunsA. 11 787 ff., Das GewG. Berlin 122. — GG. Offenbach, GewG. 7 126, GewA. 1 544. Ein Arbeiter verweigert beharrlich, den ihm nach dem Arbeitsvertrag obliegenden Verpflichtungen nachzukommen, wenn er trotz ausdrücklicher Untersagung während der Arbeitszeit mit den zum Betriebe gehörigen Werkzeugen Privatarbeiten fertigt. — GG. Berlin, SozPr. 7 926, GewA. 2 679. Singen und Pfeifen in der Werkstatt trotz wiederholten Verbots kann beharrliche Weigerung, den Verpflichtungen nachzukommen, sein. — **d)** GG. Konstanz, BadRpr. 03 161, GewG. 9 8, GewA. 2 510. Wegbleiben eines Arbeiters von der Arbeit am Nachmittag des 1. Mai behufs Teilnahme an der Maifeier ist ein unbefugtes Verlassen der Arbeit im Sinne der Ziff. 3. Das Entlassungsrecht braucht nicht sofort geltend gemacht zu werden. — GG. Berlin, Reichsarbeitsbl. 1 312, GewA. 3 128. Die Erklärung eines Arbeiters, am 1. Mai nicht zur Arbeit erscheinen zu wollen, ist als beharrliche Arbeitsweigerung Entlassungsgrund. — **e)** GG. Offenbach, GewG. 7 143, GewA. 1 545. Fabrikarbeiter — auch ungelernte — haben nur die gewerblichen Arbeiten des Gewerbezweigs, für den sie engagiert sind, zu leisten; hierzu gehören nicht Aufräumungsarbeiten, die infolge eines Fabrikbrandes notwendig werden. — AG. I Berlin, GewG. 9 122. Keine Entlassung nach Ziff. 3, wenn eine Verkäuferin, entgegen der Anordnung des Prinzipals, die ihr nach § 139c zustehende Ruhezeit einhält. — GG. Berlin, Reichsarbeitsbl. 1 311, GewA. 3 126. Unpünktlichkeit ist an sich kein Entlassungsgrund. — v. Schulz, BraunsA. 11 787, Das GewG. Berlin 109. Einmaliger grober Ungehorsam ist nach § 123 kein Entlassungsgrund, kann aber als solcher vereinbart werden, soweit er sich auf Anordnungen innerhalb des Betriebs bezieht.

6. GG. Leipzig, GewG. 7 241, GewA. 2 334. In dem Überreichen eines Arbeitszettels, der auf der Rückseite einen Abdruck des § 123 GewO. aufweist, liegt keine „Verwarnung" im Sinne der Ziff. 4, wohl aber genügt eine entsprechende Vorschrift in der Arbeitsordnung.

7. Ziff. 5. **a)** GG. Breslau, GewG. 9 122. Entlassung nach Ziff. 5, auch wenn die Tätlichkeiten rc. im unzurechnungsfähigen Zustande ausgeführt sind. — **b)** GG. Offenbach, GewG. 6 198, GewA. 1 143. Eine Beleidigung, welche der Arbeiter nach erfolgter ungerechtfertigter Entlassung gegen den Arbeitgeber begeht, entbindet diesen nicht von seiner Entschädigungspflicht. — **c)** GG. Mainz, GewG. 7 209, GewA. 2 155. Ein Werkmeister ist Vertreter des Arbeitgebers im Sinne der Ziff. 5. — **d)** GG. Pirmasens, GewG. 8 79, GewA. 2 510. Ein Arbeiter kann nicht sofort entlassen werden, weil er einen Arbeitsgenossen roh mißhandelt hat.

8. Ziff. 8a. **a)** Nelken, DJZ. 03 210 ff. In den Fällen der Entlassung vor der vertragsmäßigen Zeit steht dem Arbeiter ein Anspruch auf Lohnvergütung nach § 616 BGB. zu. Diesen Anspruch muß man dem Arbeiter in analoger Anwendung des Art. 60 ADHGB. für einen zum mindesten der gesetzlichen Kündigungsfrist entsprechenden Zeitraum gewähren, sofern nicht vertrags-

mäßig eine kürzere Kündigungsfrist ausbedungen ist. — Wenn, was unbestritten zulässig ist, im Vertrag eine Kündigungsfrist überhaupt ausgeschlossen ist, so wird in diesem Falle ein Lohnanspruch überhaupt nicht erhoben werden können. Der Anspruch der Arbeiter auf Fortgewährung des Lohnes darf durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden; wohl ist es möglich, im Vertrage die Zeitdauer für die Lohnvergütung genau zu fixieren. — **b**) GG. Delmenhorst, GewG. 8 118, GewA. 2 680. Die tatsächliche Unmöglichkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses infolge einer über 2 Monate dauernden Untersuchungshaft des Arbeiters beendigt selbst ohne eine nach Ziff. 8 zulässige Kündigung das Arbeitsverhältnis auch rechtlich. — **c**) GG. Berlin, SozPr. **11** 580, GewA. **1** 723. Arbeitsunfähigkeit löst das Arbeitsverhältnis nicht ohne weiteres, sondern gibt nur ein Recht auf Lösung durch besondere Willenserklärung.

§ 124. 1. GG. Bromberg, GewG. 8 26, GewA. 2 336. Das Recht zum Verlassen der Arbeit ohne Kündigung braucht nicht sofort ausgeübt zu werden.

2. Ziff. 2a. GG. Berlin, SozPr. **8** 694. Eine Tätlichkeit, zu der der Arbeitgeber gereizt worden ist, berechtigt nicht zum Verlassen der Arbeit.

3. Ziff. 4. GG. Berlin, SozPr. **13** 1269. Verlassen des Dienstes nach Ziff. 4 ist begründet, wenn der Prinzipal freie Wohnung zu gewähren hat, aber nur einen ohne Gesundheitsgefährdung nicht benutzbaren Hängeboden gewährt. — GG. Breslau, GewG. **9** 104. Wenn der Arbeitgeber bei Stücklohn nicht für ausreichende Beschäftigung sorgt, hat der Arbeiter nur das Recht aus § 124, aber keinen Schadensersatzanspruch. — GG. Königsberg i. Pr., GewG. **6** 219, GewA. **1** 145. Ein Akkordarbeiter, der stets Beschäftigung hat, aber durch mangelhaftes Arbeitsmaterial aufgehalten wird, kann nicht sofort die Arbeit verlassen, sondern nur Entschädigung verlangen.

§ 124 a. *ab Yberg, Die Streiks und ihre Rechtsfolgen 71. Gestützt auf §§ 123, 124 a kann der Streik an und für sich nicht als wichtiger Grund erklärt werden, der zur sofortigen Aufhebung des Arbeitsvertrags berechtigt. Selbst dann, wenn rechtmäßigerweise einige Arbeiter eines Etablissements wegen schlechter Lohnzahlung oder vertragswidriger Verlängerung der Arbeitszeit in den Ausstand treten, so dürfen die übrigen Arbeiter, denen keine dem Arbeitsvertrage zuwiderlaufende Zumutungen gemacht werden, sich nicht unter Hinweis auf einen wichtigen Grund den Streikenden anschließen.

§ 124 b. 1. LG. Kiel, GewG. **6** 221. § 124 b trifft bei jeder gesetzwidrigen Lösung des Vertrags zu, mag auch die Arbeit noch nicht begonnen haben.

2. GG. Weimar, GewG. **7** 173. Aussetzenlassen mit der Arbeit verpflichtet zum Schadensersatze, wie rechtswidrige Entlassung.

3. LG. II Berlin, GewA. **1** 547. Der Anspruch fällt weg, wenn nachweislich ein Schaden nicht entstanden ist.

III. Lehrlingsverhältnisse.

§ 126 b. 1. GewG. **7** 14, GewA. **1** 550 (Breslau). Wenn der Lehrling den Lehrvertrag nicht mit unterschrieben hat, ist die Schriftform nicht gewahrt; es besteht dann also kein Entschädigungsanspruch nach § 127 f. — PrOVG. **4** 333, GewA. **2** 157: und keine zwangsweise Zurückführung des Lehrlings.

2. DJZ. **03** 60, GewA. **2** 512 (Naumburg); Hilse, GS. **62** 144, R. **03** 177 u. 310. Die §§ 126 b, 150 Ziff. 4 a gelten auch für ein Lehrverhältnis zwischen Vater und Sohn. — Dagegen Schmale, R. **03** 260. — PrVerwBl. **26** 350 (KG.). Der Kommunalverband, dem die Ausführung der Fürsorgeerziehung obliegt, kann als Vertreter des Minderjährigen ohne Zustimmung des

gesetzlichen Vertreters oder des Vormundschaftsgerichts Lehr- oder Dienstverträge abschließen, und zwar mit Wirkung auch über die Dauer der Fürsorgeerziehung hinaus. — GewA. 4 638 (KG.). Ein Lehrlingsverhältnis kann auch ohne schriftlichen Lehrvertrag bestehen. Es liegt vor, wenn ein gewerblicher Arbeiter zum Zwecke seiner Ausbildung in ein Arbeitsverhältnis eingetreten ist und der Arbeitgeber die Pflicht, den Arbeiter in dem betr. Gewerbe auszubilden, übernommen hat.

§ 127. 1. GG. Offenbach, GewG. 8 40, GewA. 2 338. Ein in einer Fabrik angestellter Arbeiter hat nicht das Recht, als Lehrherr Lehrlinge anzunehmen; Lehrherr ist der Fabrikant, der Arbeiter ist nur Vertreter.

2. SozPr. 15 34 (KG.). Ein Lehrverhältnis kann auch ohne schriftlichen Lehrvertrag bestehen. Ein Lehrling kann verpflichtet sein, sowohl die Volks- als die Fortbildungsschule zu besuchen.

3. MecklZ. 19 246, GewA. 1 146 (Rostock). Der Lehrherr darf den Lehrling vom Schulbesuche zurückhalten, wenn ihm bei einer einzelnen, besonders eiligen Arbeit die Hülfe des Lehrlings während der Schulstunden unentbehrlich ist.

4. **RG.** GewA. 2 686. § 127 regelt die Beaufsichtigung der gewerblichen Ausbildung des Lehrlings, nicht aber die nach §§ 831, 832 BGB. zur Verhinderung der Beschädigung Dritter erforderliche Beaufsichtigung. — Dagegen folgert **RG.** 52 69, GewA. 2 688 aus der Pflicht der Sorge für die sittliche Erziehung des Lehrlings (§ 127 Abs. 1 Satz 2) die Aufsichtspflicht des Lehrherrn im Sinne und mit der Wirkung des § 832 BGB.

5. Unger, BayRpflZ. 05 198. Ein Buchdruckereibesitzer, der einen im 4. Lehrjahre stehenden Lehrling mit der selbständigen technischen Leitung einer Filiale betraut, wo der Lehrling nur von einer nicht sachverständigen Geschäftsleiterin beaufsichtigt wird, und ihn in einer Schankwirtschaft wohnen läßt, verstößt gegen seine Pflichten, die Ausbildung des Lehrlings zu leiten und ihn zu guten Sitten anzuhalten und vor Ausschweifungen zu bewahren. Die zweimal wöchentlich auf je einen halben Tag stattfindende Beaufsichtigung durch den Lehrherrn genügt nicht. Der Lehrling, der deshalb ins Elternhaus zurückkehrt, übt Notwehr und handelt nicht widerrechtlich.

6. BayObLG. 2 1, GewA. 1 344, SeuffA. 56 467. Der Lehrherr haftet für einen Schaden, den der Lehrling bei Ausführung einer ihm vom Lehrherrn aufgetragenen, mit dem zu erlernenden Handwerk in keinem Zusammenhange stehenden Tätigkeit erleidet, ohne daß ein weiteres Verschulden erforderlich ist.

§ 127a. 1. LG. Dessau, GewG. 9 224. Stockschläge sind bei einem im letzten Lehrjahre befindlichen Lehrling entsprechend seinem Lebensalter nur als äußerstes Zuchtmittel bei gröblichsten Verfehlungen erlaubt. Die Zuchtbefugnisse ändern sich mit dem Alter des Lehrlings.

2. GewG. 7 178 (Hamburg). Ohrfeigen, auch ziemlich heftige, sind an sich nicht als übermäßige oder die Gesundheit gefährdende Züchtigungen anzusehen. — BayObLG. 2 29, GewA. 2 689. Eine Ohrfeige, welche eine Beschädigung des Trommelfells bei dem gezüchtigten Lehrling zur Folge hat, überschreitet das Maß der erlaubten Züchtigung. Der Lehrherr macht sich fahrlässiger Körperverletzung schuldig, wenn er bei der Züchtigung überhaupt voraussehen muß, daß seine Handlung irgendeine Gesundheitsbeschädigung zur möglichen Folge haben kann.

3. BraunschwZ. 04 163, FischersZ. 28 366 (Braunschweig) hält die Annahme der Übertragbarkeit des Züchtigungsrechts auf Vertreter des Lehrherrn für bedenklich, folgert aber das Züchtigungsrecht des Vorarbeiters (Meisters) eines Eisenwerks auf Aktien aus stillschweigendem Einverständnis des Vaters.

§ 127f. 1. Mumm, DJZ. 05 902. Die Entschädigungsfrage für den Fall des berechtigten Verlassens der Lehre, also auch für den Fall des Aus-

tritts infolge Berufwechsels ist im § 127 f GewO. geregelt. Die Vorbedingung, daß in dem schriftlichen Vertrage nicht nur eine Entschädigungsleistung überhaupt, sondern auch deren Art und Weise vereinbart sein müsse, ist lediglich für die Fälle des § 127 b Abs. 1 u. 4 aufgestellt, aber für den Fall des § 127 c nicht gefordert. — Nicht weil er den Schaden verschuldet, sondern weil er ihn verursacht hat, soll der Lehrling haften, soll er dem Lehrherrn für den Verlust des Lehrgeldes und für die Unmöglichkeit, die billige Arbeitskraft des mit Mühe und Kosten schon teilweise ausgebildeten Lehrlings zu nutzen, Ersatz leisten.

2. GG. Worms, GewG. **10** 6. Wenn die Auflösung des Lehrverhältnisses nach § 127 b Abs. 3 Ziff. 1 wegen Krankheit des Lehrlings erfolgt, so kann die vereinbarte Entschädigung gemäß § 127 f gefordert werden.

3. Abs. 2. GG. Reichenbach, LG. Plauen, GewG. **9** 278. Die Frist ist eine Ausschluß-, keine Verjährungsfrist und wird durch Klagerhebung bei einer unzuständigen Behörde nicht gewahrt. — GewG. **7** 14 (Breslau). Die Frist von 4 Wochen in Abs. 2 beginnt mit der rechtlichen Auflösung des Lehrverhältnisses, nicht mit dem tatsächlichen Fortbleiben des Lehrlinges vom Betriebe.

§ 129. PrMinErl. 15. 3. 02, PrMBldHandGewVerw. 143. Personen, die beim Inkrafttreten des § 129 das 17. Lebensjahr vollendet hatten, steht nach zurückgelegtem 24. Lebensjahre das Recht zur Anleitung von Lehrlingen auch dann zu, wenn sie nur eine zweijährige Lehrzeit in dem Gewerbe oder in dem Zweige des Gewerbes zurückgelegt haben, in welchem die Anleitung der Lehrlinge erfolgen soll.

§ 129 a. PrMinErl. 21. 6. 02, PrMBlHandGewVerw. 260. Die Berechtigung zur Ausstellung des Zeugnisses ist nicht auf das Gewerbe beschränkt, für das der Lehrherr den Voraussetzungen des § 129 entspricht; vielmehr steht die Berechtigung nach § 129 Abs. 1—3 gleich.

IIIa. Meistertitel.

§ 133. 1. PrMinErl. 31. 10. 02, PrMBlHandGewVerw. 416. Die Berechtigung zur Führung des Titels „Meister" oder „Innungsmeister" wird durch § 133 nicht berührt.

2. PrMinErl. 28. 11. 02, PrMBlHandGewVerw. 417. Ob der Titel „Baugewerkmeister" den Schutz der §§ 133, 148 Ziff. 9c genießt, unterliegt erheblichen Bedenken.

3. VOdSächsMindInn. 23. 4. 02, SächsWochenbl. **02** 103. Die Lehr-, Gesellen- und Meisterzeit kann auch im Auslande verbracht sein. Ausländische Gesellenprüfungen stehen dagegen den inländischen nicht ohne weiteres gleich.

4. Zu Art. 8 G. v. 26. 7. 97. **a**) GewA. **4** 329 (KG.), SächsMinErl. 30. 11. 04, FischersZ. **28** 289. Nur wer am 1. 10. 01 das Handwerk persönlich ausübte und an diesem Tage auch die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen besaß, darf sich weiter Meister nennen; wer erst nach dem 1. 10. 01 die Befugnis zur Anleitung von Lehrlingen erlangt hat, hat jenes Recht nicht. — **b**) Jaffa, R. **03** 14. Art. 8 handelt nicht von jenen Personen, die den Meistertitel der Innung führen, sondern nur von denen, die bisher ein Recht auf den Titel nicht hatten. Besitzer des Meistertitels der Innung verlieren das Recht zur Führung des Titels nicht dadurch, daß sie beim Inkrafttreten der gesetzlichen Bestimmungen persönlich das Handwerk nicht selbständig ausübten. — Entgegengesetzt MecklZ. **21** 102, GewA. **3** 132 (Rostock). — **c**) PrMinErl. 5. 7. 04, PrMBlHandGewVerw. 350. Der Nachweis bestimmter Fähigkeiten ist nicht Voraussetzung „selbständiger" Ausübung des Handwerks. „Selbständig" heißt: „wirtschaftlich selbständig". „Persönlich" bedeutet, daß der Gewerbetreibende unter Ausschluß der Stellvertretung in Person dem Betriebe vorsteht.

IIIb. Verhältnisse der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker.

§ 133 a. 1. Nelken, DJZ. **03** 210 ff. § 133a findet im § 616 BGB. eine wichtige Ergänzung. — Ist im Vertrag in Anwendung des § 133aa eine kürzere als die gesetzliche Kündigungsfrist vereinbart worden, so kann der Arbeitnehmer, der sich in einem der Fälle des § 133c Ziff. 4 befindet, nur für die kürzere Zeit den Lohnanspruch erheben; selbstverständlich muß dabei die Vorschrift des § 133aa Abs. 2 beachtet werden, wonach die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zugelassen ist. Wird in Anwendung der gesetzlichen oder einer vertragsmäßigen anderen Kündigungsfrist das Dienstverhältnis aus einem anderen Grunde aufgekündigt und erfolgt vor Ablauf des so gekündigten Arbeitsverhältnisses eine Entlassung auf Grund des § 133c Abs. 1 Ziff. 4, so kann der Arbeitnehmer nur noch für denjenigen Zeitraum den Lohnanspruch erheben, für welchen das Dienstverhältnis überhaupt noch gedauert hätte. Der Anspruch auf Lohnvergütung ist für den Arbeitnehmer im Falle seiner Entlassung vom Tage der Entlassung an zu rechnen.

2. v. Frankenberg, DJZ. **03** 541, 542, Nelken bei § 133aa RGewO. 745 Anm. 3, Kayser-Steininger § 122 Anm. 5, Burchardt, Rechtsverhältnisse gewerblicher Arbeiter 51. Für Handlungsgehilfen und für die im § 133a RGewO. bezeichneten Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker und ähnlichen Angestellten ist Probebeschäftigung unstatthaft. — R. **03** Nr. 1620 (Colmar). Einer Vereinbarung während der Dauer des Dienstverhältnisses, wonach letzteres mit einem bestimmten Termine endigen soll, steht § 133a nicht entgegen.

3. OLG. Colmar 17. 3. 05, R. **05** 257 Nr. 1232. Die Grenzlinie zwischen Betriebsbeamten und Gehilfen bildet die selbständige Stellung der ersteren, welche vorzugsweise in der Leitung und Beaufsichtigung des Betriebs besteht und als solche sowohl gegenüber dem Prinzipal als gegenüber dem untergeordneten Personale zur Geltung kommt, aber naturgemäß ein größeres Personal voraussetzt, dessen Überwachung die mit der Anstellung eines Betriebsbeamten verbundenen Kosten auch wirtschaftlich rechtfertigt.

4. GG. Delmenhorst, GewG. **8** 37, GewA. **2** 346, GG. Osnabrück, GewG. **8** 165, GewA. **3** 135, Cuno, SozPr. **5** 377 ff., v. Schulz, GewG. **3** 134. In welchen Fristen die „festen Bezüge" gezahlt werden, ist unerheblich; dagegen müssen sie unabhängig von der tatsächlich geleisteten Arbeit sein, also z. B. nicht Stundenlohn. — GG. Stuttgart, GewG. **7** 32, GewA. **1** 555. Wohl aber Wochenlohn.

5. GG. Eberswalde, GewG. **7** 110, bestätigt durch LG. Prenzlau, GewG. **1** 554. Der Faktor einer Druckerei ist Werkmeister. — LG. I Berlin, SozPr. **11** 1259, GewA. **2** 344. Ob ein Maurerpolier Werkmeister ist, richtet sich nach der Höhe des vereinbarten Lohnes, der Art der übertragenen Bauleitung, seinen Befugnissen u. dgl. — KGBl. **04** 34 (KG.). Regelmäßig ist er nicht Werkmeister. — GewG. **10** 8 (KG.). Ein Steinmetzpolier, dem nur die Beaufsichtigung der Arbeiter und einzelner Arbeitsleistungen des Zusammenbetriebs obliegt, ist nicht Werkmeister. — GG. Breslau, GewG. **9** 240. Ein Lokomotivführer ist nicht Werkmeister oder Betriebsbeamter.

6. GewA. **4** 644, SozPr. **14** 829 (KG.). Eine Chemikerin, die in einer Zuckerfabrik chemische Analysen anfertigt und sonstige Untersuchungen ausführt, zu denen sie nur auf Grund einer, wenn auch beschränkten wissenschaftlichen Vorbildung befähigt ist, kann als mit höheren technischen Dienstleistungen betraut angesehen werden.

7. AG. u. LG. Koblenz, GewG. **6** 203. Ein Zuschneider gehört zu den Betriebsleitern mit höherer technischer Bildung. — AmtlNachr. **16** 203 (RVA.). Er ist Werkmeister. — OLG. **6** 240 (Marienwerder). Er ist nach Lage der

Umstände als mit höheren technischen Dienstleistungen betraut anzusehen, wenn er nicht lediglich Lagersachen zuschneidet.

8. RheinA. **99** I 184, GewA. **2** 514 (Köln). Ein Küchenchef ist Betriebsbeamter, wenn er nicht wesentlich mitkocht, sondern in der Hauptsache die Leitung und Aufsicht führt. — GG. Karlsruhe, GewG. **7** 12, GewA. **1** 350. Der Zahlkellner ist Betriebsbeamter. LG. Wiesbaden, GewG. **8** 9, GewA. **2** 342. Ebenso der Oberkellner, wenigstens in großen Restaurants.

9. Vgl. bezüglich des Stuhlmeisters einer mechanischen Weberei LG. Düsseldorf, GewG. **9** 198, bezüglich des Monteurs und Stimmers einer Fabrik mechanischer Musikwerke AG. I Berlin das.

§ 133 aa. 1. GG. Berlin, SozPr. **11** 1035, GewA. **2** 163. Die Kündigung mit monatlicher Frist muß spätestens am letzten Tage des Vormonats erfolgen.

2. GG. Hamburg, GewG. **8** 164. § 133 aa verbietet nicht, daß nach Eingehung des Dienstverhältnisses ein Vergleich über Lösung desselben unter irgendwelchen beliebigen Bedingungen geschlossen wird.

§ 133 b. 1. **RG.** JW. **04** 421 Nr. 41. Der Tod des Geschäftsinhabers ist ein wichtiger Entlassungsgrund, wenn die Erben für ihre Person außerstande sind, das Geschäft fortzusetzen, gleichviel ob sie es tatsächlich auflösen oder veräußern. — **RG.** GewA. **2** 693. Die Aufgabe desjenigen Fabrikationszweiges, zu dessen Betrieb ein Werkmeister engagiert ist, ist kein wichtiger, die Aufhebung des Dienstverhältnisses rechtfertigender Grund.

2. AG. Tonning, GewG. **9** 198. Wichtiger Grund, wenn ein Werkmeister krankheitshalber mehrmals ohne Meldung oder Entschuldigung Nachtarbeit versäumt. — LG. Dortmund, GewG. **10** 48. Zuspätkommen in sehr vielen Fällen trotz wiederholter Verwarnung als wichtiger Kündigungsgrund.

3. AG. I Berlin, GewG. **9** 198. Einmaliges Rauchen in den Fabrikräumen trotz polizeilichen Verbots kein Kündigungsgrund.

4. GG. Köln, GewG. **10** 362. Ein bauleitender Architekt, der sich von den am Bau beschäftigten Unternehmern in mehreren Fällen Darlehen geben läßt, kann sofort entlassen werden.

§ 133 c. 1. **RG.** JW. **02** 30, Reger **22** 190, GewA. **2** 164. Die hier aufgezählten Aufhebungsgründe sind absolute.

2. Ziff. 3. BraunschwZ. **48** Beil. 68, GewA. **1** 732 (Braunschweig). Ein Ingenieur, welcher sich vertragswidrig weigert, seine Erfindung dem Arbeitgeber zu übertragen, kann auch in einem späteren Zeitpunkte deswegen entlassen werden, wenn er nicht nunmehr sofort seine Pflicht erfüllt. — LG. I Berlin, SozPr. **12** 140, GewA. **2** 347. Ein Angestellter, der wegen Krankheit dem Dienste fernbleibt und die Untersuchung durch den Vertrauensarzt des Arbeitgebers verweigert, kann nach Ziff. 3 sofort entlassen werden.

3. Ziff. 4. GewG. **9** 198 (Breslau). Im Zeitpunkte der Entlassung muß anhaltende Krankheit objektiv vorliegen. — **RG.** JW. **02** 174, GewA. **1** 730, GewG. **9** 198. Ob eine Krankheit eine „anhaltende" ist, ist nach der konkreten Sachlage zu entscheiden.

4. Ziff. 5. **RG.** JW. **02** 30, Reger **22** 190. Nur erhebliche Ehrverletzungen begründen gemäß Ziff. 5 das fristlose Kündigungsrecht.

5. LG. I Berlin, KGBl. **02** 29. Abs. 2 Satz 1 läßt den Anspruch 6 Wochen vom Beginne der Verhinderung bestehen, mag Entlassung erfolgt sein oder nicht.

§ 133 d. **RG.** JW. **02** 135, Reger **22** 340, GewA. **2** 348. Die Nichtzahlung geschuldeter Gehaltsbeträge fällt nur dann unter Ziff. 2, wenn sie im konkreten Falle als wichtiger Aufhebungsgrund zu gelten hat, also z. B. nicht bei Nichtzahlung eines ganz geringen Teiles des Lohnes, oder bei vorübergehender

Verlegenheit, oder wenn der Angestellte seine Pflichten nicht erfüllt oder fälschlich behauptet, krank zu sein. Besteht nach dem Gesetz ein Zurückbehaltungsrecht nicht wegen eines erst drohenden Vertragsbruchs, vielmehr nur auf Grund einer bereits vorhandenen Vertragsverletzung und eines daraus bereits entstandenen Anspruchs, so ist ein Arbeitgeber nicht ermächtigt, mit Rücksicht darauf, daß der Arbeitnehmer sich entschlossen hat, vertragsbrüchig zu werden, sich gegen den ihm drohenden Vertragsbruch desselben durch Einhaltung der tatsächlich geschuldeten Gehaltsbeträge zu schützen. Diese Zurückbehaltung des Gehalts stellt sich vielmehr als Nichtgewährung der vertragsmäßigen Leistungen im Sinne der Ziff. 2 dar.

§ 133 f. 1. **RG.** GruchotsBeitr. **45** 1076, JW. **00** 785, GewA. **1** 350; **RG.** RheinA. **100** II 61. Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf Verträge, die vor dem 1. 1. 00 abgeschlossen sind.

2. SächsA. **14** 247 (Dresden). Ob das Konkurrenzverbot auch für den Fall gilt, daß der Prinzipal das Dienstverhältnis kündigt, ist Auslegungsfrage.

3. HansGZ. **03** Beibl. 285 (Hamburg). Eine Konkurrenzklausel, nach der ein Spinnmeister nach dem Austritt aus seiner Stellung in Deutschland und seinen Nachbarstaaten nicht wieder in einer Asbestspinnerei tätig sein darf, überschreitet zwar die zulässigen Grenzen der räumlichen Geltung, ist aber wegen des beschränkten sachlichen Geltungsgebiets rechtsgültig.

IV. Verhältnisse der Fabrikarbeiter.

Zu §§ 134 ff. SchlHolstAnz. **03** 143 (Kiel). Unter Fabrikarbeitern im Sinne des 4. Abschnitts des Titels 7 sind auch Lehrlinge zu verstehen.

§ 134. 1. Begriff der Fabrik. **a**) Nach Fuld, Fabrik und Werkstätte, SächsA. **13** 537—547, ist die Entscheidung, ob eine Fabrik vorliegt, eine mehr tatsächliche als rechtliche. Als wesentliche Merkmale bezeichnet er mit **RG.** 12. 3. 91 u. 2. 11. 93 strenge Arbeitsteilung zwischen technischer und kaufmännischer Arbeit, Beteiligung des Unternehmers an der Arbeit nur durch die Oberleitung, verschiedenes Personal mit verschiedener Aus- und Berufsbildung für technische und kaufmännische Betriebshandlungen. Nur das Zusammentreffen dieser Momente kann die Annahme des Fabrikbegriffs rechtfertigen. Ob der Betriebsinhaber Kaufmann im Sinne des HGB. ist, ist nicht entscheidend. Die Bezeichnung des Betriebs als Fabrik ist unwesentlich. — **b**) α. SächsOLG. **22** 5, GewA. **1** 150. Ein gewerbliches Unternehmen ist eine Fabrik, wenn gewisse äußere Merkmale vorliegen; hierbei kommen insbesondere in Betracht die persönliche Stellung des Unternehmers in seinem Betriebe, das Maß der angewendeten Arbeitsteilung, die Zahl der beschäftigten Arbeiter, die Größe der Betriebsräume und Einrichtungen, die Anwendung von Kraft- und Arbeitsmaschinen, sowie der Umfang der Warenerzeugung, sowie ob auf Vorrat oder auf Bestellung gearbeitet wird und ob das Lehrlingsverhältnis ausgeschlossen ist oder nicht. — Der Begriff der Fabrik ist nicht lediglich im räumlichen Sinne aufzufassen. Vgl. PrMBlHandGewVerw. **03** 52, GewA. **2** 517, **RG.** PrMBl. HandGewVerw. **03** 81, **RG.** (Strafs.) **36** 305. — β. Kgl. Regierung in Oberbayern, SächsA. **13** 547 Anm. Ähnlich, aber unter Betonung, daß die Beschäftigung gelernter, in handwerksmäßigen Betrieben ausgebildeter Arbeiter und die Produktion auf Bestellung unter Ausschluß schablonenhafter Massenproduktion für den Handel gegen die Annahme einer Fabrik spreche. So besonders bei Buchdruckereien. — γ. **RG.** (Strafs.) **36** 37, GewA. **2** 698, PrMBlHandGewVerw. **03** 81; **RG.** (Strafs.) **36** 305, FischersZ. **28** 179; **RG.** (Strafs.) **37** 310; SächsOVG. **6** 362. Maßgebend für die Entscheidung, ob eine Fabrik vorliege, ist die Gesamtheit der in dem Gewerbebetriebe bestehenden Geschäftseinrichtungen;

es entscheidet nicht das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Merkmals. — ö. VO. des SächsMindInn. 28. 16. 04, SächsWochenbl. 262, FischersZ. 28 284. Fast jedes der für die Annahme einer Fabrik maßgebenden Merkmale kann auch beim Handwerk, jedes Merkmal des Handwerks auch bei einer Fabrik vorkommen. Zur Entscheidung, ob Fabrik- oder Handwerksbetrieb vorliegt, ist die vollständige Nachprüfung aller gegebenenfalls in Betracht kommenden Umstände erforderlich. Die hervorstechendste Eigentümlichkeit für den Begriff der Fabrik bildet neben der Größe der Betriebsräume und des Umfanges der Produktion die Arbeitsteilung und als deren Folge die mehr oder weniger einseitige Verwendung der Arbeiter für einen Teil des Erzeugungsverfahrens. — **c**) GewA. **1** 735 (KG.). Die Fabrik bezweckt die Herstellung von Waren en gros; d. h. von „Fabrikwaren", nicht die Herstellung individueller Arbeiten, z. B. nicht die Herstellung von Einzelkostümen auf Bestellung. — HessRspr. **3** 9 (Darmstadt). Anders **RG.** (Straff.) **36** 37, PrMBlHandGewVerw. **03** 81; **RG.** (Straff.) **37** 310. — **d**) **RG.** PrMBlHandGewVerw. **02** 46, GewA. **1** 734. Ob nur auf Bestellung oder auf Vorrat gearbeitet wird, ist für den Begriff der Fabrik gleichgültig; die Anwendung elementarer Betriebskraft ist nicht notwendig. Vgl. GewA. **1** 735 (KG.), BayObLG. **4** 263. — **e**) RegPräs. zu Minden, Sächs. Wochenbl. **03** 39. Ein Fabrikbetrieb setzt voraus, daß die Arbeitsteilung völlig durchgeführt ist und daß die Aufsicht über die Arbeiten nicht vom Betriebsleiter, sondern von besonderen Meistern (Vorarbeitern) geführt wird, womit ein näheres persönliches Verhältnis zwischen Betriebsleitern und Arbeitern wegfällt. — **f**) RegPräs. zu Minden, Ostpreuß. HandwerkerZ. **02** Nr. 19, SächsA. **13** 548 Anm. Nicht immer liegt eine Fabrik vor, wenn der Unternehmer nicht selbst wie ein Geselle mitarbeitet. — **g**) **RG. 57** 38. Eine gemeinsame Arbeitsstätte muß für den Begriff einer Fabrik als wesentlich erachtet werden. — Sächs. OVG. **5** 312, DJZ. **05** 920. Das Baugewerbe ist also kein Fabrikbetrieb. — **h**) SächsOVG. **6** 362. Die bei einer Wagenbauanstalt notwendige Arbeitsteilung zwischen Stellmacher, Schmied, Sattler und Lackierer begründet nicht das Vorliegen einer Fabrik; dasselbe gilt von dem naturgemäß großen Umfange der Betriebsräume. — **i**) SächsOVG. **4** 339, GewA. **3** 93. Eine Druckerei ist als Fabrik zu betrachten, wenn die charakteristischen Merkmale der fabrikmäßigen Betriebsform vorliegen. — **k**) OldenburgStaatsmin., GewA. **1** 697. Ein Gewerbetreibender, welcher Arbeiterkleidung derart herstellen läßt, daß die Stoffe in seinen Betriebsräumen nach Modellen von verschiedener Größe durch einen fachmäßig ausgebildeten Zuschneider zugeschnitten und die zugeschnittenen Stücke von 60—70 Arbeiterinnen und 4—6 Arbeitern, die sämtlich keine fachmäßige Ausbildung genossen haben, in ihrer Wohnung zusammengenäht werden, während das Nähen der Knopflöcher und das Einsetzen der Knöpfe in den Geschäftsräumen maschinenmäßig vorgenommen wird, ist Fabrikant. — **l**) FischersZ. **29** 133 (Dresden). Lageristinnen in einer Fabrik, die außer anderwärts gekauften auch die im Gewerbebetriebe der Fabrik hergestellten Waren abzunehmen, zu sortieren, mit Kennzeichen zu versehen und in das Lager zu räumen, sodann sie auch versandfertig zu machen haben, sind Fabrikarbeiterinnen, nicht Handlungsgehilfinnen.

2. *Köhne, Arbeitsordnung 195 Nr. 4. Abs. 2 ist durch BGB. § 394 nicht aufgehoben. — Entgegengesetzt GG. Frankfurt a. M., GewG. **7** 206, weil die Lohnverwirkung sich als Aufrechnung einer bedingten Lohnforderung darstelle.

3. GG. Frankfurt a. M., GewG. **7** 206. Rückständiger Lohn im Sinne des Abs. 2 ist der ganze bis zum Kontraktbruche verdiente, nicht abgehobene Lohn. — Dagegen Willner, GewG. **6** 16. Rückständig ist nur derjenige Lohn, der am Fälligkeitstage nicht eingefordert ist.

4. GG. Leipzig, GewG. 7 158, GewA. 1 742. Zu Abs. 3. Der Arbeiter kann nicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Lohnzahlungsbuch, das der Arbeitgeber für ihn eingerichtet hat, herausverlangen.

5. **RG.** (Straff.) **36** 305. Die Arbeiterschutz-Bestimmungen finden auch auf landwirtschaftliche Nebengewerbe Anwendung, sofern deren Betrieb auf nicht selbstgewonnene, sondern hinzugekaufte Produkte ausgedehnt wird, und zwar in einer Menge, daß sie überwiegend den Gegenstand der Verarbeitung bilden. — §§ 134a—h gelten nach Köhne, Arbeitsordnung 86—88, nur für Fabriken mit mindestens 20 Arbeitern.

§ 134 a. 1. Begriff der Arbeitsordnung. **a)** *Köhne, Arbeitsordnung 122—148, GewG. **10** 157. Die Arbeitsordnung ist privatrechtlich eine Verfügung eines Privatmanns, welche für die von ihm als Arbeitgeber abgeschlossenen Arbeitsverträge infolge gesetzlicher Vorschrift generellen Vertragsinhalt enthält; verwaltungsrechtlich ist sie eine Erklärung eines großindustriellen Arbeitgebers, in bezug auf deren Abgabe, Form und Inhalt der Staat jenem Arbeitgeber gegenüber eine Reihe strafgesetzlich geschützter Ansprüche hat. Demnach sind die in der Arbeitsordnung ausgesprochenen Strafen Vertragsstrafen. — **b)** Nach Kohler, Enzykl. I 641 f. ist bei der Arbeitsordnung die Befugnis zur einseitigen Feststellung von Rechten und Pflichten im Privatrechtsverhältnisse dem einen Teile übertragen, wie im Theaterrecht und bei der Ausstellung von Wertpapieren. — **c)** Oertmann, Festgabe für Hübler 9—27, behandelt die rechtliche Natur der Arbeitsordnung. Er bekämpft die herrschende Vertragstheorie, hebt ihre praktischen Schwierigkeiten wegen der Wesentlichkeit der Behändigung hervor und beleuchtet ihre konstruktionellen Bedenken, insbesondere bei einer Änderung der Arbeitsordnung während laufender Dienstzeit des Arbeiters. Schließlich begründet und verteidigt er die eigene Theorie des einseitigen Erlasses der Arbeitsordnung. Hiernach hat der Fabrikherr eine auf das Gebiet des Privatrechts gerichtete autonome Gewalt, welche durch die Pflicht der Anhörung der großjährigen Arbeiter beschränkt ist. Die Arbeitsordnung ist autonomes, kraft staatlicher Anerkennung geltendes Recht eines engeren Lebenskreises im Staate, an welches, solange es besteht, auch der Fabrikherr gebunden ist. — **d)** Lotmar, Arbeitsvertrag 233. Die Ausfüllung der (obligatorisch oder fakultativ) in die Arbeitsordnung aufzunehmenden Rubriken und infolgedessen die Ausstattung des Arbeitsvertrags mit gesetzlich vorgeschriebenem Inhalt ist vom Gesetz dem Arbeitgeber allein überlassen, wie auch der Erlaß der Arbeitsordnung, der durch Aushang erfolgt, ein einseitiger Akt ist. Die Geltung der obligatorischen Arbeitsordnung widerspricht nicht der Vorschrift des § 105 („freie Übereinkunft"). Denn hier sind durch Reichsgesetze begründete Beschränkungen vorbehalten. Eine solche Beschränkung liefern die Vorschriften über die Arbeitsordnung.

2. Blankenstein, AöffR. **13** (Heft 1) 119 ff., Das GewG. Berlin 135 ff., Köhne, Arbeitsordnung 156—164. Vgl. GG. Mainz 28. 1. 04, GewG. **9** 195. Die Verbindlichkeit der Arbeitsordnung hängt nur von dem Aushang, nicht auch von der Behändigung (§ 134e Abs. 2) ab. Die Verbindlichkeit beginnt für jeden Arbeiter mit seinem Eintritt in den Betrieb. Daß der Aushang dauernd in lesbarem Zustand erhalten wird, ist für seine Verbindlichkeit nicht erforderlich.

3. *Köhne, Arbeitsordnung 94—102. Beschäftigung „in der Fabrik" braucht nicht solche im Fabrikgebäude zu sein; wer aber nicht wenigstens in einem Teile seiner Arbeitszeit in den zum Unternehmen gehörigen Örtlichkeiten beschäftigt ist, ist nicht Fabrikarbeiter. Nur ausnahmsweise in der Fabrik beschäftigte Arbeiter sind nicht mitzuzählen, desgleichen nicht Werkmeister und Techniker, Handlungsgehilfen und vorwiegend mit persönlichen Dienstleistungen beschäftigte Hilfspersonen. Dagegen sind mitzuzählen die nur einen Teil des Tages über beschäftigten Per-

sonen, Lehrlinge, Personen, die zu einem Akkordarbeiter im Vertragsverhältnisse stehen, auch in der Fabrik beschäftigte Strafgefangene. — (90 f.) Auch die im § 154 Abs. 2 aufgezählten fabrikähnlichen Betriebe brauchen Arbeitsordnungen nur zu haben, wenn sie mindestens 20 Arbeiter beschäftigen. — (91.) Auch Kommunalverbänden gehörige Fabriken müssen Arbeitsordnungen haben. — (170.) Bei Neuerrichtung einer Fabrik ist die Arbeitsordnung für die Arbeiter jedenfalls insoweit bindend, als sie ihr zugestimmt und als sie nach §§ 121 und 134 den Anordnungen des Arbeitgebers zu folgen haben; auch darf in diesem Falle, damit auch die Strafvorschriften sofort in Kraft treten können, wenn die Arbeitsordnung vor dem Engagement den Arbeitern mitgeteilt ist, ihr ein früheres Datum für den Aushang als das der Eröffnung des Betriebs gegeben werden. — (176—178.) Aus einer Arbeitsordnung, die nicht vom Besitzer oder selbständigen Leiter der Fabrik, sondern nur von einem Fabrikbeamten unterzeichnet ist, dürfen keine Rechte gegenüber dem Arbeiter geltend gemacht werden. — (179—182.) Auf Arbeitsordnungen mit fehlender Unterschrift werden sich nur die Arbeiter, nicht der Arbeitgeber berufen dürfen. Bei den sog. „Pachtfabriken" trifft Verpflichtung zu Erlaß und Unterzeichnung der Arbeitsordnung den Eigentümer; daneben können und müssen eventuell die Pächter besondere Abteilungs-Arbeitsordnungen erlassen. Die Arbeitsordnung ist in deutscher Sprache zu erlassen, doch, wenn die Arbeiterschaft oder ein beträchtlicher Teil derselben fremdsprachig ist, sind Übersetzungen zuzufügen. Doch ist die Wirksamkeit der Arbeitsordnung davon unabhängig.

4. LG. Bremen, GewG. **7** 144, GewA. **1** 744. Eine Bestimmung der Arbeitsordnung, nach welcher der Arbeitgeber die Arbeitszeit einseitig durch Anschlag ändern darf, ist ungültig, da jede Änderung von Bestimmungen der Arbeitsordnung unter Beachtung von § 134 d geschehen muß.

§ 134 b. 1. SächsOVG. **4** 240. Die Arbeitsordnung kann alle Bestimmungen enthalten, welche mit den aus § 105 folgenden Einschränkungen überhaupt Gegenstand der freien vertragsmäßigen Übereinkunft sein können.

2. *Köhne, Arbeitsordnung 234, 235. Die Aufnahme der sogenannten Konkurrenzklausel in die Arbeitsordnung ist unzulässig und unwirksam. Dies ist auch dann der Fall, wenn sie für minderjährige Arbeiter mit Zustimmung eines ständigen Arbeiterausschusses geschieht. Unzulässig und unwirksam ist auch die Auferlegung der Denunziationspflicht außer bei solchen Verfehlungen, die aus ehrloser Gesinnung hervorgehen oder Leben und Gesundheit dritter Personen gefährden. — Abs. 1 Ziff. 1. Auch für die jugendlichen Arbeiter ist die regelmäßige tägliche Arbeitszeit anzugeben (187 f.). Ganz allgemeine Bestimmungen der Arbeitszeit sind unzulässig. — Für einen Teil der Arbeiter kann die Bestimmung der Arbeitszeit besonderer Vereinbarung vorbehalten, oder auch ohne solchen Hinweis in der Arbeitsordnung kann die Arbeitszeit mit ihnen abweichend vereinbart werden. — Als Pausen sind nur volle Arbeitsunterbrechungen anzusehen. — Es ist zulässig, in der Arbeitsordnung zu bestimmen, daß die erwachsenen Arbeiter überhaupt keine Pausen haben sollen. — Wenn betreffs der Pausen für jugendliche Arbeiter die Bestimmungen der Arbeitsordnung und diejenigen des in GewO. § 138 vorgeschriebenen Verzeichnisses sich widersprechen, sind nur erstere entscheidend. — Abs. 1 Ziff. 2 (193 ff.). Abweichende Vereinbarungen mit einzelnen Arbeitern über die Lohnberechnung sind zulässig. — Eine Bestimmung der Arbeitsordnung, daß der Preis erst nach Fertigstellung der Arbeitsstücke vom Unternehmer festgestellt wird, ist unzulässig. — BGB. § 616 darf nicht durch die Arbeitsordnung ausgeschlossen werden. — Vorschriften der Arbeitsordnung, wonach Teile des verdienten Lohnes an dritte Personen dafür fallen sollen, daß sie den Arbeitern Kost und Wohnung geliefert

haben, sind ungültig. — Abs. 1 Ziff. 3. (206 ff.) Wenn überhaupt Gründe des Austritts und der Entlassung in der Arbeitsordnung angegeben werden, so müssen sämtliche gesetzliche Gründe entweder ausdrücklich genannt oder durch Verweisung auf §§ 123, 124 in Erinnerung gebracht werden. Die in der Arbeitsordnung genannten Gründe des Austritts und der Entlassung dürfen nicht in Verträgen mit einzelnen Arbeitern ausgeschlossen werden. In der Arbeitsordnung genannte Entlassungsgründe, bei denen es lediglich vom Arbeitgeber abhängt, ob sie eintreten, sind unwirksam. — Abs. 1 Ziff. 4. (225). Eine gerichtliche Ermäßigung der Geldstrafen, die kraft einer Arbeitsordnung verhängt sind nach BGB. § 143, ist unzulässig. — Vgl. Köhne, Die Arbeitsordnung vom Standpunkte der vergleich. RWiss. 40. — (196.) Eine Bestimmung der Arbeitsordnung, wonach Strafen vom Lohne abgezogen werden dürfen, ist ungültig. ➠ Ebenso GG. Frankfurt a. M., GewG. 2 165, 7 223. ⬅ — Abs. 2 Satz 1. — (209.) Androhung von Prügelstrafen ist, außer wenn sie für Fabriklehrlinge angedroht wird, in der Arbeitsordnung unzulässig nnd ungültig. — Androhung zeitweiliger Entfernung von der Arbeit in der Arbeitsordnung ist gültig. — Abs. 2 Satz 3. (211, 220). Zuwendung der Strafgelder an Ortskrankenkassen ist unzulässig, ebenso die Verwendung zu Prämien für besonders fleißige Arbeiter, dagegen ist ihre Verwendung zu den Kosten gemeinsamer Vergnügungen zulässig. — Abs. 3. (233.) Verbote der Arbeisordnung, welche sich auf das Verhalten der Arbeiter außerhalb der Fabrik beziehen, sind ungültig.

3. SächsOLG. 4 240. Lohnverwirkungen sind keine Ordnungsstrafen im Sinne von Ziff. 4 und Abs. 2.

§ 134 e. 1. GewA. 1 353, ZfStuGemVerw. 26 12 (Darmstadt). Die Verletzung jeder einzelnen Verpflichtung schließt eine Zuwiderhandlung in sich.

2. a) GewA. 1 353 (OLG. München). Die bloße Hingabe der Arbeitsordnung zum flüchtigen Durchlesen genügt nicht; es ist Übergabe zum Behalten auf die Dauer des Arbeisverhältnisses nötig. — b) *Köhne, Arbeitsordnung 171. Die Arbeitsordnung ist auch an diejenigen Arbeiter zu behändigen, welche zur Zeit ihres Erlasses in der Fabrik tätig sind. Vom Arbeiter darf für das ihm zu überreichende Exemplar der Arbeitsordnung keine Bezahlung gefordert werden, auch eine Rückforderung dieses Exemplares bei Entlassung des Arbeiters ist unzulässig.

§ 135. 1. RG. GoltdA. 48 309. Der Gewerbetreibende ist verpflichtet, sich bei der Anstellung des jugendlichen Arbeiters über dessen Alter aus dem Arbeitsbuche zu vergewissern.

2. PrMinErl. 10. 6. 03, MinBlfMedAng. 255, PrMBlHandGewVerw. 217. Auch Kinder, die lediglich ihren Eltern bei der Lohnarbeit in fremden Ziegeleien in der schulfreien Zeit behilflich sind, sind gewerbliche Arbeiter im Sinne des § 135.

3. PrOVG. 41 335, GewA. 2 166. Der Begriff der „Fabrik" ist nicht lediglich räumlich zu verstehen. Das Falzen der in der Druckerei hergestellten Zeitung, sei es auch in besonderen Räumen, gehört zu dem Fabrikbetriebe; vgl. RG. (Straff.) 33 348.

4. KGBl. 02 118, GewA. 2 350 (KG.). Das Annähen von Etiketten an Mustern gehört nicht zum Fabrikbetriebe, sondern zum Handelsgewerbe.

§ 136. RG. GewA. 1 556. Die der Polizeibehörde angezeigten Pausen müssen innegehalten werden; eine willkürliche Verlegung der Pause auf eine spätere Zeit ist unzulässig.

§ 137. SozPr. 15 172 (KG.). Arbeiterinnen dürfen am Sonnabend nach $5^1/_2$ Uhr in Fabriken und Konfektionswerkstätten nicht mehr tätig sein, mag es sich auch nur um ein Zurechtlegen und Verteilen von Stoffen handeln, das die

Arbeiterinnen auch auf der Straße oder in der eigenen Wohnung vornehmen können.

V. Aufsicht.

§ 139 b. 1. WürttMindInn., Amtsbl. 76. Die Polizeibehörden und Gewerbepolizeibehörden haben selbständig darüber zu entscheiden, ob und welchen Arbeiterschutzbestimmungen ein individueller Betrieb unterliegt, sie haben dies nicht den Strafgerichten zu überlassen.

2. BayObLG. 2 10, Amtsbl. d. MindInn. **01** 382, GewA. **1** 152. Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, dem revidierenden Beamten den Zutritt zu der Fabrik auf einem regelmäßig hierzu bestimmten und auch von den Arbeitern benutzten Wege zu versagen und ihn auf einen anderen Zugang zu verweisen, wenn dem Beamten ein Grund zur Seite steht, gerade jenen Weg zu wählen; insbesondere rechtfertigt § 903 BGB. dies nicht, da diese Bestimmung keinen Einfluß auf das öffentliche Recht äußern kann und will. — BayObLG. **2** 211, GewA. **2** 520. Es genügt schon, daß der Beamte den Weg nicht aus Rechthaberei oder Schikane wählt.

3. **RG. 54** 1, GewA. **3** 137. Die Verschwiegenheitspflicht aus § 139 b reicht weiter, als die allgemeine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit; § 139 b ist eine auf Geheimhaltung von Tatsachen bezügliche Sondervorschrift im Sinne des § 383 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO.

VI. Gehilfen, Lehrlinge und Arbeiter in offenen Verkaufsstellen.

§ 139 c. 1. FischersZ. **29** 175 (Dresden). Offene Verkaufsstellen sind nur solche Geschäftsstellen, in denen reine Kaufverträge, nicht solche, in denen Werkverträge abgeschlossen werden, also nicht Annahmestellen einer Färberei und chemischen Wäscherei.

2. **RG.** (Straff.) **35** 9, GewA. **1** 747. Leiter von Zigarrenfilialen sind Gehilfen im Sinne des § 139 c. — **RG.** (Straff.) **35** 9. Ein Verzicht auf die Pause ist unstatthaft.

3. Oertel, SächsA. **13** 407—409 (gegen Nelken Anm. 6 zu § 139 c GewO.). Gewährung einer angemessenen Pause liegt nicht vor, wenn der Angestellte seine Mahlzeit durch geschäftliche Arbeiten unterbrechen, insbesondere während der Mittagspause Kunden bedienen muß.

§ 139 d. Ziff. 2. DJZ. **05** 367 (Köln). Es können auch solche Arbeiten ausgeführt werden, die der gewöhnliche Betrieb des während der Neueinrichtung fortgeführten Geschäfts mit sich bringt, sofern nur die Neueinrichtung nicht geflissentlich hingehalten wird.

§ 139 e. 1. Offene Verkaufsstellen. KGJ. **22** C 98, GewA. **1** 360. Unter „offenen Verkaufsstellen" im Sinne des § 139 e werden Läden, d. h. in Gebäuden befindliche Verkaufsstellen verstanden, in welchen die zur Abgabe an Käufer vorhandenen Warenvorräte im Kleinverkehr ohne vorgängige Bestellung abgegeben werden; ferner für den Einzelverkauf bestimmte Magazine, Verkaufslokale der Minderkaufleute, die Verkaufsstellen auf Straßen und Plätzen, Buden und Automaten, nicht aber Verkaufsstellen, die nur für den Großhandel bestimmt sind. — § 139 e findet auch auf den Marktverkehr keine Anwendung. DJZ. **02** 127, GoltdA. **49** 158, GewA. **2** 95 (KG.). Ebensowenig sind Gast-, Schank- und Speisewirtschaften offene Läden. DJZ. **02** 127, GewA. **1** 561 (KG.). Wohl aber Automaten. Wegen der auf Bahnhöfen aufgestellten Automaten vgl. zu § 6. Vgl. auch zu § 41 a. — Rohmer, R. **05** 468. Die von den Gastwirten verpachteten Zigarrenbuffets ꝛc. sind offene Verkaufsstellen im Sinne der §§ 41 a u. 139 e ff. Sie nehmen an der gesetzlichen Ausnahmestellung des Wirtschaftsgewerbes bezüglich der Sonntagsruhe und des Ladenschlusses nicht teil.

2. Begriff des Geschlossenseins. **a)** HessRspr. 3 3, GewA. **1** 750

(Darmstadt). § 139 e verlangt, daß die Ausübung des Gewerbebetriebs in dem hierzu bestimmten Raume zur vorgeschriebenen Zeit dem Publikum unmöglich gemacht wird, sei es durch Abschluß jenes Raumes, sei es durch Verdecken oder Verhüllen der Waren oder durch andere geeignete, den geschäftlichen Betrieb hindernde Vorkehrungen. Vgl. OLG. Frankfurt a. M. 20. 8. 01, GoltdA. **49** 160, GewA. **2** 172. — LG. Freiburg, BadRpr. **01** 260, GewA. **1** 358; GoltdA. **49** 160 (Frankfurt aM.), Amtsbl. d. MindInn. **02** 473; GewA. **2** 352 (BayObLG.). Ein Verschließen des Ladens ist nicht erforderlich. GewA. **1** 749 (KG.). Auch keine dauernde Erkennbarmachung des Ladenschlusses dem Publikum und der Polizei gegenüber. — GewA. **2** 706 (KG.). Vielmehr ist nur erforderlich, daß der Wille des endgültigen Geschäftsschlusses in irgendeiner Weise feststellbar betätigt wird. — Dagegen verlangt Erkennbarkeit BayObLG. **3** 32, Amtsbl. d. StaatsmindInn. **02** 473.

3. GewA. **2** 706 (KG.). Abs. 2 Ziff. 1 setzt voraus, daß der unvorhergesehene Notfall einen Geschäftsverkehr noch nach 9 Uhr abends so plötzlich erforderlich macht, daß eine rechtzeitige Zulassung durch die Polizeibehörde nicht mehr möglich ist.

4. RheinA. **99** II 112 (KG.). Eine Polizeiverordnung, welche Wirten und Kleinhändlern den Verkauf und Ausschank von Branntwein und Spiritus für bestimmte Tages- bzw. Nachtstunden verbietet, verstößt nicht gegen § 139 e, weil sie das Offenhalten der Verkaufsstellen und den Verkauf von Bier und anderen Getränken, sowie Eßwaren nicht verbietet.

§ 139 f. 1. GewA. **3** 140, MecklZ. **21** 283 (Rostock). Wenn ein frühzeitiger Ladenschluß für einzelne Geschäftszweige angeordnet ist, so sind Geschäfte, welche diesen Zweig nur nebenher betreiben, nur verpflichtet, diese Waren nach Eintritt der Ladenschlußzeit nicht mehr zu verkaufen.

2. GewA. **4** 501 (KG.). Auch die Anordnung gemäß Abs. 2 darf nur nach Anhörung der Gemeindebehörden ergehen und muß erkennbar machen, daß die Anhörung stattgefunden hat.

§ 139 k. *Köhne, Arbeitsordnung 109. Zu den offenen Verkaufsstellen gehören auch die Läden der Fabrikanten und Handwerker, auch die Bureaus der Banken, welche regelmäßig Wertpapiere verkaufen, nicht Bureaus, wo Kaufgeschäfte nur ausnahmsweise geschlossen werden, oder die nicht dem Publikum offenstehen. Hotels und Restaurationen brauchen Arbeitsordnungen nicht zu erlassen. — (95, 103). Außerhalb der Verkaufsstelle beschäftigte Personen sind zu den 20 Gehilfen nicht zu zählen; ebenso auch solche nicht, die nur Gesindedienste oder technische Dienstleistungen bei Bearbeitung oder Herstellung der Ware leisten.

Titel IX. Statutarische Bestimmungen.

§ 142. KGJ. **24** C 6, GewA. **1** 702. Die auf Grund des § 142 GewO. erlassenen statutarischen Bestimmungen müssen erkennen lassen, daß sie „nach Anhörung beteiligter Gewerbetreibender und Arbeiter" und (in Preußen) „mit Genehmigung des Bezirksausschusses" ergangen sind; sonst sind sie ungültig. Ein Gegenbeweis ist unzulässig.

Titel X. Strafbestimmungen.

Vorbemerkung: Zu diesem Titel ist zwar wenig Literatur, dafür aber um so mehr Judikatur anzuführen. Besonders zahlreich sind die Entscheidungen über die Führung des Arzttitels oder arztähnlicher Titel. Die Gerichte gehen in der Bestrafung sehr weit. Auch der Arzt, der sich als Zahnarzt bezeichnet, wird für straffällig erklärt, ebenso der approbierte Zahnarzt, der den rite erworbenen Dr.-Titel ohne Fakultätszusatz führt. Der Zusatz „im Ausland approbiert" wird überwiegend nicht als ausreichend betrachtet, um die Bezeichnung als „Arzt" zu rechtfertigen. Auch die Bezeichnung als „Naturarzt" wird bei Nicht-

approbierten nicht zugelassen. — Hervorzuheben sind ferner die Entscheidungen bezüglich des Koalitionsrechts; die Schutzbestimmungen werden auch auf Arbeitgeberverbände ausgedehnt, andererseits wird auch ein Kollektivarbeitsvertrag für eine Koalition im Sinne der §§ 152, 153 erklärt. — Vielfache Erörterung fanden schließlich die Verordnungen betr. das Streikpostenstehen.

§ 144. 1. KGJ. **22** C 12. Diese Bestimmung läßt erkennen, daß die landesgesetzlich den Gastwirten auferlegte Verpflichtung, einkehrenden Fremden Aufnahme zu gewähren, durch die GewO. nicht beseitigt ist.

2. FischersZ. **28** 188 (Dresden). Zulässig ist eine Polizeiverordnung, wonach in allen Räumen, wo Handel mit Branntwein betrieben wird, Fenster und Türen von allen Verhüllungen freizustellen seien. Die Verordnung gilt auch den schon vor ihrem Inkrafttreten konzessionierten Wirtschaften gegenüber.

§ 146. **RG.** DJZ. **04** 867. Der einem Werkmeister vom Arbeitgeber erteilte Befehl zur Übertretung des § 137 macht den Werkmeister nicht straffrei.

§ 146 a. 1. DJZ. **02** 558 (KG.). Zu den Arbeitern im Sinne des § 146a gehören auch die Handlungsgehilfen.

2. GoltdA. **49** 358, GewA. **2** 523 (Köln). Strafbar ist nach § 146a auch ein Gewerbegehilfe, welcher dem § 139e zuwider nach 9 Uhr abends noch Kunden im Laden des Prinzipals bedient. — Beihilfe wird angenommen von GoltdA. **49** 356, GewA. **2** 525 (Celle).

3. AmtsbldStaatsmindJnn. **05** 128 (BayObLG.), BraunschwZ. **52** 125 (Braunschweig). Vorsatz ist nicht erforderlich. Es genügt, daß der Arbeitgeber es an der möglichen Überwachung hat fehlen lassen und die Arbeiter deshalb tätig gewesen sind.

§ 147. 1. Ziff. 1. **a)** BraunschwZ. **05** 124 (Braunschweig). Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich. Es genügt die bewußte Vornahme der zum Tatbestande notwendigen Handlungen. — MecklZ. **22** 310 (Rostock). Irrtum über Bestehen oder Umfang einer Konzession gewährt den Schutz des § 59 StGB. — BayObLG. **4** 309. Vorsatz oder Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ist nicht erforderlich, Fahrlässigkeit reicht aus. — **b)** **RG.** (Straff.) **35** 377, GewA. **2** 528. Die Vergehen gegen § 147 Ziff. 1 und gegen § 148 Ziff. 1 können in Idealkonkurrenz begangen werden, z. B. wenn ein mit Weinausschank verbundener Konditoreibetrieb nicht angemeldet wird. — **c)** GewA. **3** 585 (KG.). Im allgemeinen ist selbständiger Gewerbetreibender derjenige, in dessen Namen (auf dessen Verantwortlichkeit) und für dessen Rechnung das Gewerbe betrieben wird. Fallen beide Begriffsmerkmale auseinander, so genügt das Vorliegen des erstgenannten. — **d)** MecklZ. **23** 307 (Rostock). Im Sinne derjenigen Bestimmungen der GewO., welche die Ausübung bestimmter Gewerbe ohne besondere polizeiliche Genehmigung verbieten, liegt ein Gewerbebetrieb vor, wenn eine Tätigkeit in der Absicht geschieht, durch fortgesetzte derartige Beschäftigung Vermögensvorteile zu erzielen. Daß der dahingehende Wille dem Publikum gegenüber erkennbar gemacht wird, ist nicht erforderlich. — SächsOLG. **26** 22. Die Anfrage eines Stellenvermittlers bei den Interessenten, ob Stellen frei sind, bildet schon den ersten Schritt der Vermittelung selbst, ist also keine Vorbereitungshandlung mehr. — DJZ. **05** 1174 (KG.). Apothekenbetrieb liegt nicht schon dann vor, wenn jemand einzelne den Apotheken vorbehaltene Waren feilhält. — OLG. **10** 208 (München). Da die Erlaubnis zur Errichtung einer Apotheke nach § 6 GewO. zur Zuständigkeit der Landesgesetzgebung gehört, kann die Strafbestimmung des § 147 Ziff. 1 auf den Mangel dieses landesrechtlichen Erfordernisses keine Anwendung finden.

2. Ziff. 2. (Vgl. zu § 25.) **a)** Jurisch, Luftrecht 245 ff. Das Delikt der Errichtung ist vollendet an dem Tage, an welchem eine Anlage in ordnungs=

mäßigen dauernden Betrieb genommen worden ist. Von diesem Tage ab läuft die Verjährung. — GewA. 2 708 (KG.). Kein Dauerdelikt; die Verjährungsfrist beginnt mit der Herstellung der gewerblichen Anlage. Entgegengesetzt: GewA. 3 325 (Breslau). Verjährung beginnt mit der Beseitigung. — **b)** Bay. ObLG. 2 376, GewA. 3 146. Wer wegen Errichtung einer gewerblichen Anlage ohne Erlaubnis bestraft worden ist, kann neuerlich bestraft werden, wenn er die Anlage ohne Genehmigung in Betrieb setzt. — **c)** DJZ. **05** 965 (KG.). Nichtinnehaltung von Bedingungen, unter denen eine Änderung nachträglich genehmigt ist, ist nach § 147 Ziff. 2 strafbar, obgleich im § 147 Ziff. 2 der § 25 nicht erwähnt ist, denn die nach § 25 erforderliche neue Genehmigung tritt an Stelle der alten und hat die gleichen Wirkungen wie diese.

3. Ziff. 3. **a)** GewA. **4** 505 (KG.). Das „Beilegen" eines Titels setzt eine auf die Dauer gerichtete Absicht nicht voraus. — BayObLG. **4** 168. Für die Anwendbarkeit des § 147 Ziff. 3 ist es ohne Belang, zu welchem Zwecke und für welche Zeitdauer man sich des Arzttitels bedient und ob man in der Tat die Heilkunde ausgeübt hat. — — **b)** BayObLG. **4** 394, GewA. **1** 162, Amtsbld. StaatsminInn. **00** 50, Reger **23** 671, Meyer, SeuffBl. **02** 326. Zum Tatbestand eines Vergehens nach § 147 Abs. 1 Ziff. 3 ist eine Absicht, das Publikum zu täuschen, nicht erforderlich. Meyer, SeuffBl. **02** 324. Es braucht auch niemand wirklich getäuscht worden zu sein. — **c)** PrOVG. **38** 287, GewA. **1** 168. Gegen eine Bezeichnung, die auf einer ungültigen ausländischen Promotion beruht, kann die Polizei einschreiten, weil die gewerbliche Ordnung (§ 10 II. 17 ALR.) gestört wird. Vgl. GewA. **1** 563 (PrOVG.). — **d)** Bezeichnung als Arzt. α. Börngen, R. **05** 274 (Jena). Die Bezeichnung als Arzt (Zahnarzt) seitens einer im Inlande nicht approbierten Person ist ohne Rücksicht darauf strafbar, ob durch Zusätze irgendwelcher Art die Annahme ausgeschlossen wird, der Inhaber sei eine inländisch approbierte Medizinalperson. — β. LG. Verden, GewA. **1** 364 (vgl. dort die ausführliche Zusammenstellung der erlaubten und unerlaubten Bezeichnungen), VeröffRGesundhAmts **25** 316. Die Bezeichnung „nicht approbierter Arzt" charakterisiert sich nicht als „Bezeichnung als Arzt", enthält auch nicht die Beilegung eines ähnlichen Titels. Dagegen wird der Zusatz „nicht approbiert" für unwesentlich und dem großen Publikum unverständlich erklärt vom LG. Chemnitz, GewA. **1** 367, VeröffRGesundhAmts **25** 347, ebenso Meyer, SeuffBl. **02** 310, LG. Hamburg, HansGZ. **04** Beil. 89. — KGJ. **21** C10, GewA. **1** 158. Alle nicht approbierten Personen sind strafbar, welche sich als Ärzte bezeichnen, sei es auch in irgendeiner Zusammensetzung, wofür die in Klammern gesetzten Ausdrücke nur Beispiele bilden; auch die Bezeichnung „Naturarzt" gehört hierher. Diese Bezeichnungen begründen die Strafbarkeit auch dann, wenn durch Zusätze die Annahme ausgeschlossen wird, als sei der Inhaber eine geprüfte Medizinalperson. Der Titel „Naturarzt" ist aber auch ein arztähnlicher; desgleichen die Ausdrücke „Homöopath", „Hosp. med." — SächsOLG. **26** 117. „Vereinsarzt" ist auch mit Bezug auf einen Naturheilverein eine verbotene Bezeichnung als Arzt. „Ärztlicher Berater des Vereins" ist ein arztähnlicher Titel. — **RG.** (Strafs.) **37** 220. Die „Bezeichnung als Arzt" ist auch gegeben, wenn jemand ein mit der Überschrift „Ärztliches Zeugnis" versehenes Schriftstück mit seinem Namen ohne jeden Beisatz unterzeichnet. Es genügt, daß erkennbar wird, daß der Betreffende die Eigenschaft als „Arzt" für sich in Anspruch nimmt. — **e)** Arztähnlicher Titel. α. SeuffBl. **02** 313, GewA. **2** 173 (BayObLG.). Titel im Sinne des § 147 Ziff. 3 ist die Benennung, die sich jemand beilegt, um eine von ihm ausgeübte wissenschaftliche oder gewerbliche Tätigkeit zu bezeichnen. Die bloße Angabe der Kurmethode ist kein Titel. — GewA. **4** 503

(KG.). Ebenso nicht die sachliche Bezeichnung des Gebiets der Heilkunde, das man betreibt, z. B. „Institut für Gymnastik ꝛc.“ — β. DJZ. **02** 54, GewA. **1** 563 (KG.). Der Titel „Professor“ in Verbindung mit dem Heilwesen und bestimmten Heiltheorien kann als arztähnlicher angesehen werden, durch den der Glauben erweckt wird, der Inhaber sei eine approbierte Medizinalperson. — γ. BayObLG. **4** 11. Dr. med. ist nicht unter allen Umständen ein arztähnlicher Titel, wohl aber mit dem Beisatz: „an der Universität Wien diplom.“ und „ordiniert“. — GewA. **4** 503 (KG.). Dagegen nicht mit dem Zusatze: „Institut für Gymnastik und Orthopädie, Massage bei Frauenleiden.“ — δ. Naturheilkunde ꝛc. LG. II Berlin, GewA. **1** 166, VeröffRGesundhAmts **21** 296. Die Bezeichnung „ausübender Vertreter der Naturheilkunde“ ist nicht geeignet, den Glauben zu erwecken, ihr Träger sei eine geprüfte Medizinalperson; vielmehr läßt die Bezeichnung erkennen, daß die Krankenbehandlung nicht nach Art der wissenschaftlich gebildeten Ärzte, sondern im Gegensatze zu deren Theorien erfolgen soll. — LG. Chemnitz, GewA. **1** 368, VeröffRGesundhAmts **21** 296. Die Bezeichnung „praktischer Vertreter der Naturheilkunde“ ist ein arztähnlicher Titel. — BayObLG. **4** 394. „Naturheilspezialist für Lungentuberkulose (amtlich eingetragen)“ ist ein arztähnlicher Titel. — SächsOLG. **24** 311, GewA. **3** 148. „Magnetopath“ ist kein arztähnlicher Titel. Dagegen „prakt. Magnetopath“ als arztähnlicher Titel, Amtsbl. d. Staatsmin. d. Inn. **04** 65 (BayObLG.). — Amtsbl. d. Staatsmin. d. Inn. **00** 50, GewA. **1** 162 (BayObLG.). Ebenso „homäopath. Prakt.“ — LG. Chemnitz, GewA. **1** 367, FischersZ. **29** 181 (Dresden). Desgleichen „Naturheilkundiger und Magnetopath.“ — ε. **RG.** GoltdA. **50** 123, GewA. **3** 147. „Assistent des Dr. med. L.“ ist ein arztähnlicher Titel. — GoltdA. **49** 341, GewA. **3** 149 (Marienwerder). Dr. med. S. Spezialarzt für .... kranke Vertreter“ ist ein arztähnlicher Titel; die Hinzufügung der Worte (o. Approb.) in verschwindend kleiner Schrift auf dem Schilde schließt dies nicht aus. — **f)** Insbesondere Zahnärzte. α) FischersZ. **29** 135 (Dresden). Wer nur als Arzt, nicht auch als Zahnarzt approbiert ist, darf sich nicht als Zahnarzt bezeichnen oder sich einen gleichbedeutenden Titel beilegen. Der Titel „Spezialarzt für Zahn- und Mundkrankheiten“ ist nicht ohne weiteres als gleichbedeutender Titel anzusehen, vielmehr ist dies Tatfrage. — Meyer, BayRpflZ. **05** 189. Die allgemeine ärztliche Approbation enthält gegenüber der Approbation als Zahnarzt das Mehr und demgemäß auch die Berechtigung für das Mindere. Ein Arzt darf sich also als Zahnarzt bezeichnen oder sich zahnarztähnliche Titel beilegen. — β. KGBl. **05** 20 (KG.). Die Bezeichnung als Dr. (ohne Beifügung der Fakultät) und daneben als Zahnarzt erfordert die Prüfung durch das Gericht, ob nicht ein arztähnlicher Titel vorliegt, der geeignet ist, den Glauben zu erwecken, der Inhaber sei zugleich auch approbierter Arzt. — KGBl. **05** 21 (KG.). Dagegen bestätigt die Freisprechung wegen der obigen Bezeichnung auf Grund der tatsächlichen Feststellung des Vorderrichters, daß der Zusatz „Zahnarzt“ den durch die Bezeichnung „Dr.“ etwa hervorgerufenen Glauben, der Inhaber sei Arzt, beseitige. Dagegen erklärt GoltdA. **51** 377 (Breslau) die obige Bezeichnung für einen arztähnlichen Titel: § 147³ findet danach auch Anwendung, wenn der Glauben erweckt wird, der Inhaber des Titels sei eine geprüfte Medizinalperson anderer Art, als er es wirklich ist. — γ. **RG.** DJZ. **05** 603. Die Hinzufügung des Charakters „Geheimer Hofrat“ zu den Titeln „Dr. of dental surgery“ und „in Amerika geprüfter Zahnarzt“ kann nach der konkreten Sachlage als Beilegung eines arztähnlichen Titels aufgefaßt werden. — δ. GewA. **1** 563 (PrOVG.). Die Bezeichnung als „Dr. chir. dent.“ verstößt nicht gegen § 147³, auch nicht durch die Hinzufügung der Sprechstunden und die Angabe „Spezialität: künstliche Zähne“. Entgegengesetzt Reger **23** 67, GewA. **2** 526

(BayObLG.), Meyer, SeuffBl. **02** 326. — Reger **25** 235 (BayObLG.). Die Bezeichnung Dr. of dent. surg. verstößt gegen § 147³, wenn der Träger nicht als Arzt oder Zahnarzt approbiert ist. Erlaubt ist D. D. S. oder Doctor of dental surgery.

4. Ziff. 4. KGJ. **21** C 3. Durch die neue Fassung des § 147 Nr. 4 soll klargestellt werden, daß dem Richter ein Urteil darüber, ob die in der Verfügung gestellte Anforderung auf Grund der §§ 120 a—e gestellt werden konnte, nicht zusteht. — HansGerZ. **02** Beibl. 296 (Hamburg). Dem Richter steht kein Urteil darüber zu, ob die in der Verfügung gestellte Anforderung der Behörde auf Grund der §§ 120a, b, c gestellt werden konnte, wohl aber darüber, ob das polizeiliche Vorgehen überhaupt in den Rahmen der im § 120d in Bezug genommenen §§ 120a—c fällt.

§ 148. 1. GoltdA. **49** 361, GewA. **2** 529 (Marienwerder). Das Delikt des § 148 Ziff. 4 ist ein Kollektivdelikt. Entgegengesetzt WürttJ. **14** 195, Gew. A. **2** 532 (Stuttgart).

2. GewA. **4** 467, DJZ. **05** 413 (KG.). Das Delikt in Ziff. 8 setzt Verschulden voraus. Irrtum über den Inhalt der Taxe ist Tatirrtum, denn die Taxe ist kein Strafgesetz.

3. GewA. **1** 302 (Darmstadt). Das Hessische Urkundenstempelgesetz v. 12. 8. 99 ist kein Steuergesetz im Sinne des § 148 Abs. 2.

§ 149. BayObLG. **2** 82. Abs. 1 Ziff. 6 findet auch auf polizeiliche Anordnungen Anwendung, die zur Verhinderung der unbefugten Errichtung von Privatmärkten getroffen werden.

§ 150. BayObLG. **2** 357, GewA. **3** 152. Zu den Lohnbüchern im Sinne Abs. 1 Ziff. 2 gehören nicht die Lohnzahlungsbücher des § 134 Abs. 3. Vgl. v. Schulz, GewG. **10** 135.

§ 151. 1. GewA. **3** 501 (PrOVG.). § 151 behandelt die kriminelle Strafe. Exekutivgeldstrafen können stets dem Unternehmer selbst angedroht werden.

2. GewA. **4** 167 (KG.). § 151 setzt nicht voraus, daß die Person mit der regelmäßigen Leitung oder Beaufsichtigung betraut ist.

3. **RG.** GoltdA. **48** 309, GewA. **1** 355. Ein Werkmeister, welcher die Arbeit jugendlicher Personen zu beaufsichtigen hat, hat auch darauf zu achten, daß die tägliche Dauer der Beschäftigung dem § 135 entspricht, und haftet strafrechtlich dafür. — Wegen des Konzessionsverlustes vgl. zu § 53.

4. DJZ. **05** 749, JustdRundsch. **4** 278 (KG). Dem Gewerbetreibenden muß die nach den Verhältnissen vorhandene Möglichkeit der eigenen Aufsicht nachgewiesen werden.

§ 152. 1. Streikposten. **RG.** (Strafs.) **34** 121, GewA. **1** 171. Die Verordnung des Senats in Lübeck vom 24. 4. 00, betr. das Verbot des Streikpostenstehens, ist materiell rechtsungültig, weil ihre Fassung nicht nur die Gefährdung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit oder Ruhe an öffentlichen Orten (§ 366 Nr. 10 StGB.) trifft, sondern auch die Beeinflussung anderer Personen durch erlaubte Mittel zwecks Anschlusses an eine bestehende Verabredung zur Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen unter Strafe stellt; das verstößt aber gegen § 152 GewO. — SächsOLG. **25** 297, GewA. **3** 507, KGBl. **04** 87 (KG.). Dagegen kann das Streikpostenstehen, insoweit es Gefährdungen und Verkehrsstörungen mit sich bringt, verboten werden. — Sächs. OLG. **25** 499. Beschränkungen der Koalitionsfreiheit der Arbeiter, welche auf Polizeivorschriften beruhen, die zur Vermeidung von Verkehrsstörungen überhaupt gegeben sind, sind rechtsgültig. — SozPr. **15** 34 (KG.). An und für sich ist das Streikpostenstehen keine strafbare Handlung. Es kann es aber werden,

wenn es eine im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung auf den Straßen ergangene polizeiliche Aufforderung verletzt.

2. Nach Hilse, GewG. 9 13, R. 03 48, sind auch vertragsmäßige Verbote und Strafbestimmungen durch § 152 verboten und daher gemäß § 134 BGB. nichtig. Dagegen nach LG. Bremen, GewG. 9 150, sind solche Verbote gemäß § 138 BGB. nichtig, sofern sie das unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Arbeiters zulässige Maß überschreiten.

3. **a)** PrOVG. 38 406, GewA. 1 567. § 152 bezieht sich nur auf Verabredungen und Verbände, welche konkrete Dienstverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zum Gegenstande haben, nicht auf solche, welche eine Änderung in der rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Lage des Arbeiter- oder Unternehmerstandes im allgemeinen erreichen wollen. — SächsOLG. 22 3, GewA. 1 369. Vereinigungen und Verabredungen, die nur die Verbesserung der allgemeinen Arbeitsverhältnisse und Arbeitsbedingungen zum Gegenstande haben, fallen in der Regel nicht unter § 152. — Daß die erstrebten günstigen Lohn- und Arbeitsbedingungen allen an der Verabredung Beteiligten zugute kommen müßten, ist nicht erforderlich. — **b)** RG. 50 28, JW. 02 30, DJZ. 02 125. Günstig sind für die Arbeitnehmer stets die Arbeitsbedingungen, die sie verlangen, gleichviel, ob sie ihnen im einzelnen Falle materiellen Gewinn bringen oder nicht. — RG. R. 05 113 Nr. 540. Der § 152 bezeichnet als das erstrebte Ziel die Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen, und es ergibt sich daraus, daß diese Bedingungen nicht notwendig vorteilhafter zu sein brauchen, als die bisher in dem Arbeitsverhältnisse bestandenen, daß vielmehr auch das unveränderte Fortbestehen der bisherigen Bedingungen, ja sogar die Gewährung von Bedingungen, die weniger Vorteile bieten, als die bisher bestandenen, als „günstige" Lohn- und Arbeitsbedingungen in Betracht kommen können, sofern sie nur der subjektiven Auffassung der zur Verabredung zusammengetretenen Personen als günstige erscheinen. — **c)** KGBl. 05 35 (KG.). Aufrechterhaltung der bisher gezahlten Lohnsätze ist als Erlangung günstiger Lohnbedingungen nur anzusehen, wenn das vertragsmäßige Recht auf den bisherigen Lohn erloschen ist und ein neuer Vertrag geschlossen werden soll. — RheinA. 100 I 185 (Köln). Auch die Einführung eines aus Kontrollbeamten der Fabrikleitung und Arbeitervertretern bestehenden Schiedsgerichts, das den von Arbeitern zu leistenden Schadensersatz wegen Materialbeschädigung festzusetzen hat, ist eine „günstigere Arbeitsbedingung".

4. Koalitionsrecht. Arbeiterentlassungen. (Vgl. zu BGB. § 826.) RG. 54 255, JW. 03 Beil. 69. — RG. 53 19, JW. 03 13, GewA. 3 156. Vereinigung von Gewerbetreibenden zur Herbeiführung und Erhaltung angemessener Preise für ihre gewerblichen Leistungen. Rechtliche Natur solcher Verträge; Gültigkeit; Vertragsrücktritt.

§ 153. 1. SozPr. 15 170 (Karlsruhe). § 153 findet auch auf Arbeitgeberverbände Anwendung, sowie auf Androhungen eines künftigen Übels gegenüber Dritten, d. h. Nichtmitgliedern.

2. PrMinV. 31. 12. 01, PrMBlHandGewVerw. 02 13, RG. JMBl. 02 99, GewA. 2 177, RG. DJZ. 05 72, SächsOLG. 25 319, GewA. 3 508. Unter den im § 153 erwähnten „Verabredungen" sind auch die „Vereinigungen" des § 152 zu verstehen.

3. RG. (Straff.) 36 236, GewA. 3 327, SozPr. 13 966. Der Schutz des § 153 kommt nicht nur den der Vereinigung durch die Berufsgemeinschaft nahestehenden Personen zu, sondern auch einem Arbeitgeber gegenüber dem Zwange von Arbeitnehmern, einem Kollektivarbeitsvertrage beizutreten. — Dagegen hält

Baum, GewG. 9 233 ff. einen Kollektivarbeitsvertrag nicht für eine Koalition im Sinne der §§ 152, 153; ebenso SozPr. 15 170 (Kiel).

4. KGBl. 05 35 (KG.). Der Tatbestand des § 153 liegt nur dann vor, wenn derjenige, welcher zur Teilnahme an der Verabredung genötigt werden soll, noch in einem Arbeitsverhältnisse zu dem betreffenden Arbeitgeber steht. Wer dagegen den anderen zur Teilnahme bestimmt, braucht überhaupt kein Arbeiter zu sein.

5. RG. DJZ. 05 72. § 153 setzt voraus, daß günstige, nicht günstigere Bedingungen erlangt werden sollen.

6. RG. (Strafs.) 37 102. Bestimmung durch Zwang, Drohung, Ehrverletzung oder Verrufserklärung sind gleichwertige Erscheinungsformen eines und desselben Tatbestandes und enthalten nur unwesentliche Unterschiede im Rahmen derselben Begehungsart. § 264 StPO. findet nicht Anwendung.

7. GoltdA. 48 158, GewA. 1 371 (Hamburg). „Drohung" im Sinne des § 153 ist die Ankündigung eines Übels, dessen Verwirklichung von dem Drohenden abhängt und dessen Eintritt der Bedrohte derartig fürchtet, daß dadurch seine Entschließung beeinflußt werden kann; der Drohende muß dies beabsichtigen. — FischersZ. 29 183 (Dresden). Wer Tätlichkeiten als von anderen Personen drohend in Aussicht stellt, ist nach § 153 strafbar, wenn aus seiner Äußerung oder aus den Umständen zu entnehmen ist, daß er in der Lage ist, das Übel herbeizuführen und auf die anderen, von denen die Tätlichkeiten angeblich zu gewärtigen sind, einen Einfluß auszuüben.

8. RG. DJZ. 05 507, R. 05 45 Nr. 372. Unter Verrufserklärung ist die von der Seite der Standes- oder Berufsgenossen ausgehende Erklärung zu verstehen, daß ein erkennbar bezeichneter Genosse wegen Unwürdigkeit von dem Verkehre mit den Standes- oder Berufsgenossen ausgeschlossen sein solle. Dieser Wille kann auch durch Handlungen zum verständlichen Ausdrucke gebracht werden; z. B. durch die solidarische Einstellung der Arbeit aller Beteiligten.

Schlußbestimmungen.

§ 154. 1. GoltdA. 48 139, GewA. 1 179 (BayObLG.). „Gehilfen in Apotheken" ist gleichbedeutend mit „Apothekergehilfen", bezieht sich also nur auf Gehilfen mit pharmazeutisch-technischer Vorbildung, nicht auf solche, die nur kaufmännische Dienste leisten.

2. RG. (Strafs.). 37 310. Werkstätte im Sinne des § 154 Abs. 3 kann nach dem ganzen Sinne und Zwecke des Gesetzes unmöglich nur den Arbeitsraum in lokaler Beziehung bedeuten; das Wort ist im übertragenen Sinne aufzufassen und bezeichnet das ganze gewerbliche Unternehmen, das Werk mit allen seinen Arbeitsstätten. — GewA. 4 654 (KG.). Ein Raum ist ohne Rücksicht auf Größe und Einrichtung eine „Werkstatt", wenn er ständig zur Arbeit benutzt wird.

Wechselordnung.

Vorbemerkung: Die Rechtsprechung in Wechselsachen ist in den letzten Jahren sehr umfangreich geworden. Der Bearbeiter hat daher, um die Zusammenstellung nicht zu sehr zu erweitern und unübersichtlich zu machen, aus den Jahren 1900—1903 in der Hauptsache nur die Rechtsprechung des RG. aufgenommen und die Entsch. der OLG., von denen die der ersten Jahre seit 1900 zum Teil schon überholt sind, mit wenigen Ausnahmen erst von 1903 ab berücksichtigt.

Literatur: Kommentare von Basch mit Wechselstempelsteuergesetz (5, Berlin 1905), Bernstein (Breslau 1898), Brentano (14, Nürnberg 1901), Gareis (5, München 1906), Rehbein (7, Berlin 1904), Staub (4, Berlin 1901), Stranz (9, Berlin 1905), Wechsel-

stempelsteuergesetz: Zimmermann (Karlsruhe 1902). — Systematische Darstellungen: Aufseß, Wechsellehre und Wechselrecht (Berlin 1893). — Berding, Praktische Darstellung des Wechselrechts für Studierende, Kaufleute und Gewerbetreibende (Zelle 1904). — v. Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts (Berlin 1890). — Cohn, Wechsel- und Scheckrecht in Kohler-Holtzendorff, Rechtsenzyklopädie (6) I 1029—1075 (Leipzig 1904). — Grünhut, Wechselrecht, 2 Bde (Leipzig 1897), Lehrbuch des Wechselrechts (Leipzig 1900). — Krawany, Wechsel, Schecks und Anweisungen. Die wichtigsten Vorschriften der Wechsel- und Wechselstempelgesetze aller Kulturstaaten (4, Wien 1902). — Kuntze-Brachmann, Wechselrecht in Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts (Leipzig 1884). — H. O. Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts (Stuttgart 1886). — Rey, Wechselrecht (Berlin 1901). — Schwarz, Das allgemeine deutsche Wechselrecht auf Grundlage der neuen Gesetzgebung (Karlsruhe 1903). — Späing, Französisches, Belgisches und Englisches Wechselrecht im Anschluß an die Allgemeine deutsche Wechselordnung (Berlin 1890). — O. Wächter, Das Wechselrecht mit Berücksichtigung der neuen Gesetzgebungen u. a. (Stuttgart 1883). — Wieland, Cambium und Wechselbrief (Basel 1904).

Art. 4. 1. Ziff. 1. (Vgl. zu Art. 96.) **a)** **RG. 48** 223, JW. **01** 539, Holdheims MSchr. **01** 253. Die Bezeichnung des Wechsels als Wechsel muß in die Wechselerklärung (den Zahlungsauftrag oder das Zahlungsversprechen) des Ausstellers aufgenommen, d. h. in den grammatischen Zusammenhang dieser Erklärung aufgenommen werden; es genügt nicht, wenn sich das Wort „Wechsel" in der Überschrift findet. — Eine in der Form eines eigenen Wechsels ausgestellte Urkunde, welche das Wort „Wechsel" oder das ihm entsprechende fremdsprachliche Wort nicht in der Wechselerklärung des Ausstellers, dem Zahlungsversprechen, enthält, ist als Wechsel ungültig. — Ebenso Lehmann, WR. 332, 335, Dernburg, PrPR. § 255 Anm. 16, Rehbein Art. 4 Anm. 1, v. Canstein 159. AM. OLG. **2** 181 (Hamburg) (s. nächste Nr.), Jolly, SiebenhaarsA. **3** 15, Staub, WO. zu Art. 4 Note 53. — **b)** OLG. **2** 181 (Hamburg). Die Bezeichnung „Wechsel" „exchange" in der Überschrift des Wechsels genügt. Denn das Gesetz versteht nach der Ausdrucksweise anderer Artikel (z. B. Art. 68) unter dem Wechsel selbst die vom Aussteller unterzeichnete Urkunde im Gegensatze zu den späteren Hinzufügungen anderer. Das liegt um so näher, als durch die Aufnahme der Bezeichnung als Wechsel in die Wechselurkunde, auch wenn sie nicht in den Kontext, sondern in die Überschrift gesetzt wird, den Zwecken des Erfordernisses Nr. 1, unerfahrene Personen durch die Bezeichnung „Wechsel" zu warnen, genügt wird, da die Überschrift den Inhalt des durch sie bezeichneten Schriftstücks charakterisiert. — **c)** OLG. **10** 358, R. **05** 347 Nr. 1621 (Bamberg). Zur Erfüllung der Formvorschrift, daß in die Wechselurkunde die Bezeichnung als Wechsel aufzunehmen ist, genügt es nicht, wenn in der Urkunde das Versprechen der Zahlung nach Wechselrecht oder Wechselstrenge enthalten ist (Staub, WO. Art. 4 § 1, Art. 96 § 34, **ROHG. 2** 147).

2. **a)** Ziff. 2. *Lehmann, Die Haftung des Akzeptanten usw., Berlin 1900, 71 ff., DJZ. **05** 693 (gegen **RG. 54** 386). Wird die Wechselsumme durch Hinzufügen oder Entfernen einer Zahl verfälscht, so wird dadurch die Summenangabe hinfällig, weil sie ein einheitlicher Begriff ist; alsdann ist aber der ganze Wechsel ungültig, weil die Angabe der Wechselsumme ein Essentiale des Wechsels bildet. — **b)** Rechtsprechung. SächsOLG. **24** 95, DJZ. **03** 528, R. **03** 83 (Dresden 409). — α. Die Gültigkeit einer Summenangabe ist von der Aufnahme derselben in den Kontext nicht schlechthin abhängig, die Ergänzung der im Kontext unterbliebenen Angabe der Münzart durch andere Stellen des Wechsels, namentlich die Überschrift, ist dann nicht ausgeschlossen, wenn sich aus dem gesamten Inhalte des Wechsels unzweideutig ergibt, zur Zahlung welcher Münzart sich der Akzeptant habe verpflichten wollen. Ebenso Grünhut, WR. I 340, Staub zu §§ 8, 53 Art. 4, Rehbein Anm. 5 zu Art. IV, **ROHG. 10** 22 ff. AM. Lehmann, WR. 342. — β. Ferner übereinstimmend: SeuffA. **59** 416 (Marien-

werder). Ist die Geldsorte im Wechseltext ungenau bezeichnet, so ist sowohl der zusammenhängende Text der Wechselurkunde als deren Überschrift zur Auslegung des Inhalts der Wechselerklärung heranzuziehen.

3. Ziff. 3. (Vgl. Art. 6.) SächsA. **14** 255 (Dresden). Die Redewendung, durch die der Remittent im Wechsel bezeichnet wird, hat im Gesetze nicht bindend vorgeschrieben werden sollen; sie muß nur dem Erfordernisse der Deutlichkeit entsprechen und zweifelsfrei erkennen lassen, an wen und an wessen Order gezahlt werden soll (Staub, WO. 4 Anm. 3a).

4. Ziff. 4. (Vgl. zu Artt. 4 Ziff. 7, 81.) *Kleinberger, Holdheims MSchr. **04** 263 ff. Ein auf zwei oder mehrere Personen gezogener Sichtwechsel ist wegen des Erfordernisses eines einzigen Fälligkeitstags in allen denjenigen Fällen ungültig, in welchen auch nur die Möglichkeit besteht, daß der Wechsel den mehreren Bezogenen an verschiedenen Tagen präsentiert wird. Denn die Gültigkeit des Wechsels kann keine bedingte sein. Nach diesem Grundsatze sind alle Sichtwechsel auf mehrere Trassaten ungültig, mit Ausnahme derjenigen, welche einen eigentlichen Domizilvermerk tragen und einen Domiziliaten am Domizilorte benennen. Denn Wechsel der letzterwähnten Art werden nicht den Bezogenen, sondern dem Domiziliaten zur Zahlung präsentiert (Art. 43 WO.). Vgl. auch Staub, WO. Art. 4 § 43, **RG. 43** 89. — Rechtsprechung. **RG. 57** 167, JW. **04** 242, DJZ. **04** 506, BankA. **3** 176. Ist der Verfalltag in einem im übrigen mit Tinte ausgefüllten Wechselformular nur mit Bleistift angedeutet, so ist daraus zu schließen, daß sich der Aussteller die endgültige Bestimmung und Eintragung des Verfalltags vorbehalten wollte und der Wechsel nur als Blankett gelten sollte.

Literatur: Scherer, Kann der Wechsel auch durch einen Beauftragten unterschrieben werden? ElsLothZ. 26 184.

5. Ziff. 5. (Vgl. zu Artt. 6, 21, 23, 36, 96.) **a) RG.** R. **03** 83 Nr. 410, SeuffA. **58** 30, SächsA. **12** 734, JW. **02** 399, DJZ. **02** 461. Der Name des Ausstellers kann noch nach dem Fälligkeitstage in ein Blankoakzept von dem Nehmer selbst oder einem von ihm beauftragten Dritten eingefügt werden. — **b) RG. 58** 387, PuceltsZ. **05** 425, R. **05** 650 Nr. 2727, BankA. **4** 106, JW. **04** 468, SeuffA. **60** 182. Ein wechselmäßiger Anspruch ist gegen denjenigen, dessen Namen von einer dritten Person auf den Wechsel geschrieben ist, nur dann gegeben, wenn der Dritte zur Eingehung der Wechselverbindlichkeit bevollmächtigt war, nicht aber, wenn nur eine mechanische Dienstleistung dieses Dritten zur Herstellung der Unterschrift vorliegt. — **c) RG.** JW. **02** 26, **01** 518, SeuffBl. **02** 425. Der Auftraggeber wird (nach altem Rechte, § 126 BGB. kommt noch nicht zur Anwendung) durch eine mit seinem Namen von dem Beauftragten vollzogene Wechselzeichnung verpflichtet. Die Genehmigung einer für einen anderen unbefugt vollzogenen Wechselzeichnung bedarf nicht der Wechselform. — **d) RG. 50** 51, R. **02** 125 Nr. 531, JW. **02** 123, SeuffA. **57** 326, Holdheims MSchr. **02** 87. Die Wechselunterschrift des Stellvertreters mit dem Namen des Vertretenen ist gültig. Der bevollmächtigte Willensvertreter kann daher die von ihm ausgestellte Urkunde über seine im Namen des Vollmachtgebers abgegebene Willenserklärung mit der Unterschrift bloß des Namens des Vollmachtgebers wirksam unterzeichnen (§ 126 BGB.). — **e) RG. 47** 156, JW. **01** 82, Holdheims M. Schr. **01** 84. Eine oHG. kann unter ihrer Firma einen eigenen Wechsel an Order einer oHG. ausstellen, die unter einer anderen Firma unter denselben Gesellschaftern besteht. Im Verhältnisse zu dem dritten Wechselinhaber kann aber hieraus nichts gefolgert werden. — **f) RG. 47** 165, JW. **01** 123. Zur wechselmäßigen Verpflichtung einer Handelsgesellschaft ist Wechselzeichnung mit

deren Firma erforderlich, weil nach der formalen Natur des Wechsels die Person des Berechtigten und Verpflichteten sich aus dem Wechsel selbst ergeben muß und deshalb der Satz des Handelsrechts, daß die Handelsgesellschaft durch Rechtsgeschäfte des persönlich haftenden Gesellschafters auch dann verpflichtet wird, wenn die Umstände die Absicht, das Geschäft für die Gesellschaft zu schließen, erkennen lassen, nicht gilt. Andererseits genügt für die Wechselbezeichnung einer Handelsgesellschaft, wenn der berechtigte Vertreter der Handelsgesellschaft seinen Namen unterschreibt, ihm aber einen Zusatz gibt, der erkennen läßt, daß er nur in Vertretung der Gesellschaft die Unterschrift abgegeben hat. Der Zusatz braucht nicht geschrieben, sondern kann gestempelt sein. — **g)** R. **04** 171 Nr. 852 (Frankfurt a. M.); **RG.** JW. **04** 468 (s. o. u. b). Ein Wechsel, bei dem der Aussteller sich zur Abgabe seiner Unterschrift der mechanischen Dienste eines anderen bedient hat, ist nichtig.

6. Ziff. 6. **a)** HansGZ. **02** Hptbl. 300 Nr. 130, R. **03** 83 Nr. 411, BankA. **2** 111 (Hamburg). Ungültig ist ein Wechsel, der keine Angabe des Jahres der Ausstellung enthält, auch wenn aus anderen Umständen, z. B. dem Datum der Stempelmarke, darauf geschlossen werden kann. Die Klage aus solchem Wechsel kann durch die Erklärung, daß vom Wechsel- zum Urkundenprozeß übergegangen werde, nicht aufrechterhalten werden. — **b)** BadRpr. **03** 324, R. **04** 83 Nr. 410 (Karlsruhe). Aus einem Wechselformular, in dem der Ausstellungs- oder Zahlungsort, sei es alternativ oder kumulativ, mehrfach angegeben ist, entsteht keine Wechselverbindlichkeit. Die Ortsbezeichnung Pasing-München besagt aber nur Pasing bei München, nicht Pasing und München.

7. Ziff. 7 (s. auch zu Ziff. 4). **a)** **RG.** (VZS.) **46** 132, R. **00** 377, DJZ. **00** 441, JW. **00** 528, SeuffA. **56** 19. Ein gezogener Wechsel ist nicht schon deshalb ungültig, weil darin mehrere Personen nebeneinander als Bezogene bezeichnet sind. — **b)** OLG. **10** 355, R. **05** 347 Nr. 1620 (Marienwerder) (s. o. Kleinberger zu Ziff. 4). Ein auf mehrere Personen, wenngleich Eheleute, gezogener Sichtwechsel ist ungültig. Allerdings ist das der Fall nicht schon deshalb, weil er mehrere nebeneinander als Bezogene bezeichnet (**RG.** **46** 132). Ist daher auch dem Erfordernisse des Art. 4 Nr. 7 genügt, so ergeben sich jedoch Zweifel wegen der Zahlungszeit. Durch die Verbindung der Angabe der Zahlungszeit auf Sicht mit der Bezeichnung mehrerer Bezogener wird die Einheitlichkeit der Zahlungszeit zerstört. — **c)** ThürBl. **50** 90, R. **03** 108 Nr. 576, BauersZ. **10** 161 (Jena). Bei einem durch Firmenzeichnung erfolgenden Wechselobligo muß die Firma in allen wesentlichen Bestandteilen vollständig gezeichnet werden. Was zu den wesentlichen Bestandteilen der Firma gehört, hängt von den Umständen ab. Unwesentlich sind alle diejenigen Abweichungen von der Firma, die einen Zweifel über die Identität nicht erzeugen (Staub, HGB. 25 zu Art. 15, Rehbein, WO. (3) Anm. 2 zu Art. 21, Anm. 26 zu Art. 4). — **d)** **RG.** Holdheims M. Schr. **03** 217, R. **03** 486 Nr. 2521. Die Wechseladresse „Berlin, . . . str. Nr. 7, jetzt Wilmersdorf, . . . str. Nr. 60" macht den Zahlungsort unbestimmt und daher den Wechsel ungültig.

8. Ziff. 8. **a)** **RG.** **60** 426, JW. **05** 404, R. **05** 650 Nr. 2726, BankA. **4** 174. Bleistiftvermerke auf einem mit Vordruck und Tinte an sich vollständig hergestellten Wechsel sind keine Bestandteile der Wechselschrift oder des Protestes. Auch ist die unrichtige Angabe der Adresse des Bezogenen ohne Bedeutung für die Gültigkeit des Wechsels, selbst dann, wenn ein an dem Orte nicht vorhandenes Grundstück als Wohnung des Bezogenen bezeichnet ist. — **b)** R. **04** 287 Nr. 1364, HansGZ. **04** Hptbl. 83 (Hamburg). Es genügt nicht die bloße Angabe einer Straße nebst Hausnummer, auch wenn die Sachlage derartig ist,

daß sie einen Schluß auf die gemeinte Ortschaft gestattet; erforderlich ist vielmehr eine ohne weiteres verständliche Bezeichnung der Ortschaft.

Art. 7. 1. *Wieland, Der Wechsel und seine zivilrechtlichen Grundlagen. (Basel 1901.) Natur und Voraussetzungen der Wechselobligationen hängen davon ab, ob die Wechselparteien in kausaler Beziehung stehen oder nicht. Danach sind abstrakte und kausal bedingte Wechselansprüche zu unterscheiden. — a) Stehen die Parteien in kausaler Beziehung, so ist die Wechselforderung durch das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft (Kausalverhältnis, Rechtsgrund) bedingt. Der Wechselanspruch des unmittelbaren Nehmers ist der wechselmäßige, d. i. der nach Maßgabe des Wechsels modifizierte Anspruch aus dem Rechtsgrunde. Durch Begebung des Wechsels entsteht ein das unterliegende Verhältnis modifizierender Nebenvertrag. Der letztere ist Versprechen direkter Zahlung oder Versprechen indirekter Zahlung. Das Versprechen indirekter Zahlung ist entweder Versprechen der Leistung an einen Dritten oder Versprechen der Leistung durch einen Dritten oder beides kombiniert. Der Trassant insbesondere verspricht Zahlung des aus dem unterliegenden Rechtsgeschäfte geschuldeten Betrags durch den Trassaten an den Remittenten oder den legitimierten Inhaber des Wechsels (§ 9, §§ 17 bis 20). — b) Abstrakte Wechselansprüche sind von den unterliegenden zivilrechtlichen Verhältnissen privatrechtlich unabhängig. Gläubiger der abstrakten Wechselobligation ist der gutgläubige dritte Erwerber. Die abstrakte Wechselobligation entsteht durch einseitigen Verpflichtungsakt, verbunden mit Eigentumserwerb (§ 11). — c) Jeder legitimierte Inhaber des Wechsels gilt prima facie als gutgläubiger Dritterwerber, da aus dem Wechsel nicht zu ersehen ist, ob der Kläger zum Beklagten in kausaler Beziehung steht oder nicht (Vermutung aus der Skriptur) (§ 9).

2. Rechtsprechung. Über Blankoakzepte s. ferner zu Artt. 21, 23, 82, 96. — **a) RG. 48** 223. War eine Urkunde als eigener Wechsel gewollt und ist sie wegen eines Formfehlers zwar eine solche nicht geworden, aber entspricht sie objektiv den Erfordernissen eines kaufmännischen Verpflichtungsscheins, so ist sie als solche aufrechtzuerhalten, falls damit im wesentlichen die gleiche Wirkung erzielt werden konnte, wie mit dem gewollten eigenen Wechsel. — **b)** OLG. **10** 358, R. **05** 347 Nr. 1621 (Bamberg). Ein Blankowechsel ist ein die Erfordernisse eines Wechsels nicht oder nicht vollständig enthaltendes Papier, welches jemand nimmt, der mit dem Willen der Wechselverpflichtung oder ohne diesen in einer Form unterschreibt, woraus der Rechtsverkehr diesen Willen entnehmen muß, wie z. B. bei Unterschrift auf einem Wechselformulare (Staub, WO. Art. 7 § 7). Ein Blankett ist nur vorhanden, wenn entweder auf ein leeres Blatt eine Unterschrift gesetzt wird, damit eine Urkunde darüber geschrieben wird, oder wenn eine Urkunde mit Lücken, die ausgefüllt werden sollen, vorliegt. — **c)** Über die Pfändung von Blankoakzepten s. **RG.** JW. **05** 691. Gegenstand der Pfändung ist nicht bloß das Wechselpapier, sondern die Forderung aus dem Wechsel (§§ 831, 835, 844 ZPO.).

Art. 8. S. zu Artt. 75, 76. SchlHolstAnz. **04** 100 ff. (Kiel). Der Aussteller und Indossant eines Wechsels, dessen Unterschrift auf dem Wechsel gefälscht ist, kann aus der nachträglichen Genehmigung dieser Fälschung in Anspruch genommen werden. Denn es steht der eigenen Unterschrift auf dem Wechsel gleich, wenn ein unbeauftragter Geschäftsführer den Namen des Geschäftsherrn zeichnet und dieser das nachträglich genehmigt. Dem analog ist dies im Falle der Fälschung der Wechselunterschriften anzunehmen. Ebenso ÖstObGH. bei Peitler, Samml. wechselrechtlicher Entsch. Nr. 95, Staub, WO. 1. Aufl., aM. 4. Aufl. 316 Anm. § 6 zu Art. 76 WO.

Art. 9. S. vor Art. 17. 1. *Büsing, Wesen und Wirkungen des Indossaments in der heutigen deutschen Gesetzgebung (Berlin 1904). In früheren Perioden der Rechtsentwickelung muß man mehrere der Art nach verschiedene Indossamente unterscheiden. Seit dem 16. Jahrhundert hatte sich bei mancherlei Papieren, meist lokal, als Übertragungsart das Indossament eingebürgert. Räumlich und zeitlich voneinander getrennt, hatten sich diese einzelnen Indossamentarten selbständig entwickelt, stets in engem Anschluß an das Papier, dessen Übertragung sie dienten und nur hier und da sich gegenseitig beeinflussend. Zwar verdrängte allmählich, bei der überragenden Bedeutung des Wechsels als Handelspapier, das Wechselindossament in der wissenschaftlichen Betrachtung die übrigen Indossamentsarten. Es galt, mit allen seinen besonderen Eigentümlichkeiten, als das typische Indossament. Aber trotzdem muß man, sowohl der historischen Entwickelung, als auch dem juristischen Begriffe nach das Bankpapier-, das Wechsel-, das Aktien- usw. Indossament als selbständige, nebeneinander bestehende verschiedene Rechtsgebilde auffassen. — Wesentlich anders erscheint das heutige Indossament. Als bei dem ungeahnten Aufschwunge des Handelsverkehrs im vorigen Jahrhundert die Notwendigkeit an die deutsche Gesetzgebung herantrat, für eine ganze Reihe von Handelspapieren, die Gegenstände des Großverkehrs geworden waren, eine bequeme, kurze und sichere Übertragungsart zu finden und gesetzlich zu sanktionieren, griff man auf das Indossament zurück, das sich beim Wechsel seit drei Jahrhunderten vorzüglich bewährt hatte. Und so entstand nunmehr das moderne deutsche Indossament, nicht als Fortsetzung irgendeines der älteren Indossamentsarten, sondern als neues Rechtsgebilde. Im Gegensatze zu den früheren Indossamenten, die stets nur in Verbindung mit dem indossierten Papier, als Wechsel- oder als Aktienindossament 2c., wissenschaftlich betrachtet worden waren, tritt jetzt „das Indossament an sich" als selbständiger Begriff auf. — Für die Ergründung dieses Begriffs können nur die heutigen deutschen Gesetze das Material liefern. Wenn wir aus den Gesetzesstellen, die sich mit dem Indossamente beschäftigen (Artt. 9—17 WO., §§ 222—224, 363—365 HGB.), das allen Indossamenten Gemeinsame herausnehmen, so ergibt sich folgende Begriffsbestimmung des „reinen Indossaments": Das Indossament ist eine Übertragung von Rechten aus gewissen gesetzlich bestimmten Wertpapieren des Handelsverkehrs, welche durch eine auf das Papier gesetzte Erklärung bewirkt wird, und an welche die Rechtsordnung gewisse die Übergangswirkung erhöhende Eigenschaften knüpft. — Die verschiedenartigen Übergangswirkungen, die wir bei der Wechselindossierung, bei der Aktienindossierung, bei derjenigen der handelsrechtlichen Orderpapiere sehen, müssen wir nunmehr nicht als Eigenschaften des Indossaments an sich, sondern als durch das indossierte Papier bedingt auffassen. Wenn bei der Übertragung eines Papiers die besonderen Eigenschaften dieses Papiers und die des Indossaments zusammentreffen, so ergeben sich aus dieser Verbindung eben besondere Wirkungen, die gerade dieses Papiers Indossierung auszeichnen. Solche Wirkungen, wie z. B. die Garantiefunktion des Wechselindossaments, sind also keine Merkmale des Indossaments, sondern beruhen auf Eigentümlichkeiten des indossierten Papiers; es sind Produkte des Zusammentreffens von Papier- und Indossament-Eigenschaften. Das Indossament der heutigen deutschen Gesetzgebung ist ein einheitliches Rechtsinstitut, das, an sich immer gleich, bei den verschiedenen Papieren, bei denen es gesetzlich zugelassen ist, angewendet, jeweils verschiedene Wirkungen äußert.

2. Rechtsprechung. S. auch zu Artt. 43, 51. — **a)** OLG. **7** 196, R. **03** 365 Nr. 2072, ZBlFG. **4** 125, PosMSchr. **03** 91 (KG.). Mehrere Indossanten eines Wechsels als solche sind, was den Regreßanspruch gegen den Aussteller und sonstigen Verpflichteten betrifft, nicht gemeinschaftlich berechtigt, nur derjenige von

ihnen, welcher infolge Nichtbezahlung des Wechsels durch den Aussteller oder Akzeptanten seinerseits die Regreßsumme hat zahlen müssen, hat insoweit den wechselmäßigen Regreßanspruch gegen letzteren. Für die mehreren Indossanten eines Wechsels kann daher zur Sicherung der Regreßansprüche keine Hypothek eingetragen werden (§ 48 GBO.). — **b)** OLG. **9** 284 (KG.). Der beklagte Akzeptant kann nicht mit einer ihm gegen einen von zwei klagenden Indossataren zustehenden Forderung aufrechnen. Er kann die Behauptung, daß seine Schuld aus dem Wechsel getilgt sei, nur auf Rechtshandlungen stützen, die gegenüber allen Indossataren zusammen vorgenommen sind (§ 432 BGB.). — **c)** SchlHolstAnz. **04** 262 (Kiel). Der Indossant haftet wechselrechtlich nur nach Maßgabe des Inhalts, den der Wechsel zur Zeit seines Indossaments hatte. Ist also nach diesem Indossament ein Domizilvermerk auf den Wechsel gesetzt, so haftet doch der Indossant nur aus einem nichtdomizilierten Wechsel, und zum Regresse gegen ihn bedarf es des Protestes gegenüber dem Akzeptanten an dessen Wohnort. — **d)** **RG.** JW. **02** 364. Ein Indossament an die „Filiale der Leipziger Bank" ist gültig auch ohne nähere Ortsbezeichnung, da die einzelnen Filialen der Bank dieser gegenüber nicht selbständige Rechtssubjekte waren. — **e)** **RG.** R. **02** 299 Nr. 1517. Das Verbot der Indossierung des Wechsels durch die Klausel „nicht an Order" schließt nicht aus, daß die Rechte aus dem Wechsel im Wege der Zession übertragen werden. — **f)** SächsOLG. **24** 423. Ein Indossament „zur Verfügung rc." (anstatt „an Order") genügt.

Art. 10. **a)** **RG.** RheinA. **101** II 26, PuchteltsZ. **05** 311, JW. **04** 392. Da durch die Indossierung eines Wechsels die aus diesem begründeten Rechte ohne Rücksicht darauf übergehen, ob eine Gegenleistung gewährt ist, so ist in der Indossierung, soweit die damit übertragenen Wechselrechte des Indossanten wirkliche Vermögenswerte enthalten, ohne weiteres beim Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen eine Gläubigerbenachteiligung zu erblicken, und es ist Sache des Anfechtungsgegners, das Gegenteil nachzuweisen. — **b)** R. **05** 505 Nr. 2049 (Colmar). Durch das Indossament wird nur das Recht aus dem Wechsel selbst, nicht auch die Forderung, die zur Wechselziehung Veranlassung gegeben hat, auf den Wechselinhaber übertragen. — Ein zwischen Italienern in Italien bei Begebung eines Wechsels geschlossener Vertrag, durch welchen die ihm zugrunde liegende zivilrechtliche von einem Deutschen in Deutschland zu bezahlende Forderung an den Wechselnehmer abgetreten wird, ist, sofern sich nicht ein anderweiter Wille der Vertragschließenden erkennen läßt, nach deutschem Rechte zu beurteilen. Daher ist diese Zession, auch wenn sie den Vorschriften des italienischen Rechtes entgegen, dem Drittschuldner (debitor cessus) nicht bekannt gemacht worden ist, dennoch nach deutschem Rechte, das die Wirksamkeit der Abtretung Dritten gegenüber von einer derartigen Bekanntmachung nicht abhängig macht, auch Dritten gegenüber gültig. — **c)** OLG. **7** 172 (Stuttgart). Außerhalb des Wechsels bestehende Nebenansprüche, z. B. gegen Bürgen, gehen nur dann auf den Wechselinhaber bei Übergabe eines Blankowechsels über, wenn der Wechsel verpfändet wird. Die Hingabe eines Wechsels in Depot kann eine Verpfändung bedeuten, hat aber regelmäßig die Bedeutung, daß der Depotempfänger den Wechsel in Besitz nehmen und sich erst durch dessen Verwertung Befriedigung verschaffen soll, wenn der andere Teil nicht binnen einer gewissen Frist pünktlich zahlt. Durch solche fiduziarische Übertragung geht der Anspruch aus einer neben dem Wechsel bestehenden Bürgschaft nicht mit über. — **d)** **RG.** **48** 152. Besteht die causa der Unterschrift des Indossanten und seines Vormanns darin, daß beide die Haftung für eine ihnen fremde Schuld des Akzeptanten übernehmen, und zeichnen beide in dieser Absicht den Wechsel, so folgt daraus nicht, daß das von ihnen getätigte Rechtsgeschäft als eine nach Zivilrecht zu beurteilende Bürg-

schaft zu erachten sei. Die Bedeutung des Rechtsgeschäfts erschöpft sich darin, daß sie durch Unterzeichnung des Wechsels die Haftung dafür übernehmen, daß der Akzeptant die Wechselsumme bei Verfall zahlen werde. Der erste Indossant haftet in diesem Falle dem zweiten Indossanten wechselrechtlich auf die ganze Wechselsumme. Hiervon kann nur abgesehen werden, wenn Umstände vorliegen, aus denen sich der beiderseitige Wille ableiten ließe, daß die gewählte Wechselform unter den beiden Indossanten ohne rechtliche Bedeutung sein solle, daß sie untereinander vielmehr so haften wollten, als wenn eine zivilrechtliche Mitverbürgung vorliege. — **e)** **RG. JW. 01** 518. Der Indossant haftet dem Indossatar wechselrechtlich, wenn auch beide bei Übernahme der Wechselverbindlichkeit nur den wirtschaftlichen Effekt einer Verbürgung für den Akzeptanten beabsichtigen, es sei denn, daß zwischen ihnen etwas vorgegangen wäre, aus dem sich der beiderseitige Wille ableiten ließe, daß die gewählte Wechselform unter ihnen ohne rechtliche Bedeutung sein solle, daß sie untereinander vielmehr so haften wollten, als wenn eine zivilrechtliche Mitverbürgung vorläge.

Art. 11. (S. Rechtsprechung zu Art. 12.) **a)** **RG. 50** 23, R. **02** 24 Nr. 100, DJZ. **02** 44. Für Wechselerklärungen preußischer Landgemeinden (Indossamente) genügt die von dem Gemeindevorstand unter Beisetzung der Unterschriften des Gemeindevorstehers und zweier Schöffen vollzogene Unterschrift. Sie ist rechtsgültig nnd verpflichtet die Gemeinden (§ 88 LGO. v. 3. 7. 91). — **b)** **RG. JW. 04** 152. Wer einen Wechsel durch Blankoindossament erworben hat, kann ihn unter Benutzung desselben Indossaments weiter begeben. Auch der Umstand, daß der Kläger den Wechsel nach dem Verfalltag erworben hat, steht für sich allein der Benutzung des vor dem Verfalltag auf den Wechsel gesetzten Blankoindossaments nicht entgegen. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der Wechsel rechtsgültig protestiert ist. Der Beweis hierfür liegt dem beklagten Akzeptanten ob. — **c)** **RG. JW. 01** 459. Es ist in ständiger Rechtsprechung des ROHG. und des RG. anerkannt, daß demjenigen, an den ein Wechselblankett ausgehändigt wird, die Befugnis zusteht, das Blankett zu einem Wechsel regelmäßiger Form entweder selbst umzuwandeln oder durch einen Dritten umwandeln zu lassen. Jedoch schließt die Ausfüllungsermächtigung, die auf dem von den Wechselgeber gewährten Vertrauen beruht, im Zweifel die Befugnis der Domizilierung des Wechsels nicht mit ein.

Art. 12. (S. auch zu Artt. 11, 36). **a)** **RG. 46** 46, JW. **00** 412, R. **00** 467 Nr. 584, DJZ. **00** 361, SeuffA. **56** 147. Aus Art. 12 WO. ist nicht abzuleiten, es sei zunächst festzustellen, daß ein Indossament vorliege und erst, wenn dies festgestellt sei, erhelle, daß es gültig sei, wenn schon ein Indossant nur seinen Namen auf die Rückseite des Wechsels geschrieben habe. Vielmehr ist von vornherein anzunehmen, daß, wenn der Remittent, der Aussteller eines an eigene Order gezogenen Wechsels, als durch ein vorhergehendes, auf seinen Namen lautendes Indossament legitimierter Indossatar oder durch ein vorhergehendes Blankoindossament legitimierter Inhaber seinen Namen auf die Rückseite des Wechsels setzt, er damit den Wechsel in Blanko giriert. Wer seinen Namen in dieser Weise schreibt, muß vorsichtig sein. Tut er das aus anderem Anlaß, so muß er einen Zusatz wählen, welcher deutlich erkennen läßt, daß er nicht indossieren will. Will der Aussteller dies dem dritten redlichen Erwerber gegenüber tun, so genügt dazu der Zusatz „angenommen" nicht. — **b)** **RG. JW. 05** 538, R. **05** 568 Nr. 2351. Für die Legitimation des Wechselinhabers ist entscheidend, was auf dem Wechsel geschrieben steht. Der Vermerk: Valuta für uns an die Order von Herrn . . . erhalten, kann ein gültiges Giro darstellen. — **c)** **OLG. 11** 361 (Hamburg). Der Aussteller eines Wechsels ist befugt, sein Namens- in ein Blankoindossament zu verwandeln und den Wechsel weiter zu

begeben. Ist die Art des Indossaments zweifelhaft, weil sie sich aus den erkennbar gebliebenen durchstrichenen Worten über den Namen der Ausstellerin nicht ergibt, so führen die aus der äußeren Beschaffenheit des Wechsels sich ergebenden Zweifel dahin, daß durch ihn allein die Legitimation des Klägers als beschafft nicht angesehen werden kann (**ROHG. 16** 141; **RG. 41** 412, Staub, Art. 1252, Rehbein, Artt. 9—17 Anm. 7). — **d)** OLG. **11** 360, R. **05** 347 Nr. 1622 (Hamburg). Der auf die Wechselstempelmarke geschriebene Name des Remittenten kann ein gültiges Blankoindossament sein. Die Marke wird durch das Aufkleben ein integrierender Bestandteil der Wechselurkunde, ebenso wie die Allonge. Schreibt der Indossant quer über die Marke auf den Wechsel seinen Namen, so hat er diesen auf den Wechsel selbst gesetzt. Ob eine ausschließliche oder wesentlich auf die Stempelmarke gesetzte Unterschrift nach dem Willen ihres Urhebers nur als Kassierung der Marke oder als verpflichtende und berechtigende Unterschrift anzusehen ist, richtet sich darnach, ob nach dem Rechte des Landes, in dem die Unterschrift geleistet wird, die Kassierung der Stempelmarken durch Namensüberschreibung erfolgen muß oder zu erfolgen pflegt (**ROHG. 12** 207, Borchardt, Wechselrecht [1879] 54).

Art. 16. **RG. 55** 323 ff., JW. **03** 390. Der Wechselaussteller, der den protestierten Wechsel von seinem unmittelbaren Hintermann, nachdem dieser ihn im Regreßwege eingelöst hat, nebst Protest unter Belastung mit der Regreßsumme im Kontokorrent zurückerhalten hat, kann dem Hintermanne durch einfache Rückgabe des Wechsels nebst Protest ohne Nachindossament nicht die wechselrechtliche Legitimation verschaffen. Denn der protestierte Wechsel ist kein Umlaufpapier mehr, wie sich aus Art. 16 Abs. 2 ergibt; sein Gegenstand sind nur noch die durch den Protest fixierten Regreßrechte nebst dem Anspruche gegen den Akzeptanten, über die nach Art. 16 Abs. 2 nur durch Nachindossament, das den Nachindossatar dem Zessionar gleichstellt und durch Zession verfügt werden kann.

Art. 17. Literatur: Gunz, Das Vollgiro zu Inkassozwecken (Berlin 1903). — Steinblinck, Das fiduziarische Indossament. (Leipzig 1902.) — Widike, Das Prokuraindossament nach deutschem Wechselrecht. (Leipzig. Diss. 1903).

1. *Wieland, Der Wechsel (Basel 1901). Das Vollindossament zu Inkassozwecken. Der Vollindossatar zu Inkassozwecken ist Eigentümer des Wechsels. Jedoch bleibt der Indossant Gläubiger. Der Indossatar ist Vertreter des Indossanten. Er macht fremde, nicht eigene Rechte geltend. Deshalb kann der Schuldner Einreden aus der Person des Indossanten dem Indossatar gegenüber verwerten. Das Urteil wirkt für und gegen den Indossanten. Zu unterscheiden ist das externe und interne Verhältnis. — a) Externes Verhältnis. Der Indossatar ist zur Vornahme sämtlicher gerichtlicher wie außergerichtlicher Handlungen ermächtigt. Der Indossatar kann in eigenem Namen für den Indossanten handeln. Seine Handlungen sind unmittelbar für den Indossanten wirksam. Er kann den Wechsel veräußern. Vom Indossatar abgeschlossene Vergleiche u. a. sind für den Indossanten bindend. Der Indossant muß die Prozeßführung des Indossatars gegen sich gelten lassen. — b) Internes Verhältnis. Inwieweit der Indossatar für den Indossanten handeln darf, hängt von der zwischen den Parteien getroffenen Abrede ab. Der Indossatar ist Beauftragter des Indossanten. Vom Inhalte des Auftrags hängt ab, ob er den Wechsel nur zur Zahlung präsentieren oder ob er ihn veräußern darf usw. Der Indossatar kann jederzeit, insbesondere auch im Konkurse, zur Rückgabe an den Indossanten verhalten werden (§§ 25—29, § 31; vgl. ferner u. Art. 82).

2. *Durchholz, GruchotsBeitr. **47** 533 ff., führt aus, daß bei dem sog. versteckten Inkassogiro, d. h. dem in Form eines gewöhnlichen Giros erteilten

Inkassogiro unterschieden werden müsse, ob beabsichtigt worden sei, den Giratar zum wirklichen Gläubiger (mit der nur obligatorischen Verpflichtung, das Eingezogene dem Giranten herauszugeben) oder nur zum Einziehungsbevollmächtigten zu machen. Im ersten Falle sei wirkliches Giro mit allen Rechtsfolgen, also regelmäßig auch keine Einreden aus der Person des Giranten, im zweiten Falle nur Inkassoindossament vorhanden mit Unfähigkeit des Giratars, weiter zu girieren und im eigenen Namen zu klagen. ➠ Für den zweiten Fall kann eine analoge Anwendung des § 409 BGB. allerdings zu einem anderen Ergebnisse führen. ⟵

3. *Alfred Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerl. Rechte, JheringsJ. **43** 46 ff., beim Vollgiro zum Inkasso erlangt der Indossatar Eigentum und Gläubigerrecht am Wechsel, aber zu treuer Hand im deutschen Sinne (vgl. zu §§ 164 ff. BGB.), d. h. unter auflösender Bedingung, deren Eintritt den dinglichen Rückfall an den Indossanten herbeiführt. Bedingung ist das Erlöschen des Inkassomandats oder ein dem Inkassozwecke zuwiderlaufender Gebrauch des Wechsels. Der Inkassomandant kann also jederzeit unter Widerruf des Auftrags den Wechsel gegen den Inkassomandatar, auch gegen einen seiner unredlichen Nachmänner, vindizieren und im Konkurse des Mandatars aussondern.

4. Rechtsprechung. (S. zu Artt. 10, 81, 82.) **a**) R. **03** 531 Nr. 2740, PosMSchr. **03** 127 (Posen). Der Indossant ist nicht Rechtsvorgänger des Indossatars (Wechselerwerbers, im Sinne des § 445 ZPO. — **b**) SächsA. **14** 257 ff., R. **04** 506 Nr. 2186 (Dresden). Das Pfandindossament begründet im Verhältnis zwischen dem Indossanten und dem Pfandgläubiger im Zweifel nicht die wechselmäßige Haftung des ersteren.

Art. 18. OLG. **9** 284 (Dresden). Die Abrede 30 Tage Kasse 2 pCt. Skonto oder Dreimonatsakzept netto begründet keine Verpflichtung des Käufers zur Annahme eines Wechsels, gibt ihm vielmehr nur ein Recht auf längere Stundung über das bedingungslos gewährte Ziel von 30 Tagen hinaus unter der Bedingung, daß er rechtzeitig über den Schuldbetrag ein Akzept gibt (Staub vor § 373 HGB. Anm. 41, WO. Art. 18 § 6).

Art. 21. (S. Artt. 43, 82, Blankoakzept.) 1. **RG.** R. **03** 582 Nr. 3039, Holdheims MSchr. **03** 282. Die verbindliche Kraft des Wechselakzepts beruht ausschließlich auf der einseitigen Skripturerklärung des Akzeptanten und ist unabhängig von jedem Vertragsverhältnisse zwischen den Beteiligten.

2. **RG.** JW. **02** 636, Holdheims MSchr. **03** 43. Das Akzept einer oHG. erfordert nicht unbedingt die Zeichnung der Firma in allen wesentlichen Teilen. Nach den Umständen ist es zu beurteilen, ob in einer nicht vollständigen Zeichnung, namentlich in einer, in der der sachliche Teil der Firma weggelassen ist, noch eine gültige Zeichnung erblickt werden kann (§ 4 Art. 16).

3. **RG.** JW. **01** 363, GruchotsBeitr. **45** 1060. Die Benennung eines bestimmten Domiziliaten im Wechsel muß nach Namen oder Firma erfolgen. Der Vermerk „zahlbar in M. Sonnenstr. 15 Hotel Reichshof" benennt keinen bestimmten Domiziliaten, insbesondere nicht den Hotelinhaber.

4. **RG.** JW. **00** 527, GruchotsBeitr. **44** 1067, SeuffA. **55** 441. Sachlich unwesentliche Abweichungen von der gewöhnlichen und vorausgesetzten Gestaltung des Wechsels ziehen dessen Ungültigkeit nicht nach sich. Die Personenbezeichnung reicht daher aus, wenn sich unzweideutig ergibt, daß der Bezogene den Wechsel angenommen hat, daß es sich hier und dort um dieselbe Person handelt. Diese Gewißheit liegt aber vor, wenn an Stelle des ganzen Vornamens eine durchaus gebräuchliche Abkürzung gewählt ist. Aus demselben Grunde muß auch der Protest als genügend anerkannt werden.

5. ThürBl. **51** 83 ff., R. **04** 506 Nr. 2187 (Jena). Der Wechselakzeptvermerk des Ehemanns und Generalbevollmächtigten der Bezogenen, welcher nur dessen Namen mit dem Zusatz „in Generalvollmacht" enthält, verpflichtet die Bezogene: (Grünhut, Handb. d. WR. I § 34, Bernstein zu WO. Art. 95 § 5, Cosack, BürgR. I 567, II 4, Dernburg, BürgR. II Abt. 1 5, Abt. 2 249, Müller, DJZ. **00** 497, Heller, das. 498, OLG. **2** 398 (Breslau), **3** 350 (Hamm), 351 (KG.), **RG.** JW. **01** 518, **02** 123. AM. Staub, WO. zu Art. 95 § 8, DJZ. **00** 338).

6. R. **03** 531 Nr. 2739, HessRspr. **4** 97 (Darmstadt). Das Akzept eines Wechsels ist ein einseitiges Rechtsgeschäft. Die Vorschrift des § 181 BGB. ist daher unanwendbar, wenn der Aussteller eines Wechsels das Akzept im Namen der Firma vollzieht, der er als offener Gesellschafter angehört.

7. OLG. **7** 393, R. **04** 50 258 (Stuttgart). Läßt man, der Kreationstheorie entsprechend, den Aussteller einer Wechselerklärung haften, obwohl eine Begebung des Wechsels nicht stattgefunden hat, vielmehr der Wechsel vor der Begebung gestohlen ist, und läßt man weiter mit der herrschenden Ansicht den Aussteller eines Blankoakzepts nach Maßgabe der späteren, wenn auch seinem Willen nicht entsprechenden Ausfüllung des Wechsels haften, so ist auch der weitere Schritt durch die Natur des Wechsels gerechtfertigt und durch die Bedürfnisse des Wechselverkehrs geboten, daß nämlich der Aussteller eines in Verpflichtungsabsicht ausgestellten Blankoakzepts auch in dem Falle für haftbar aus dem Akzept erklärt wird, wenn ihm dieses gestohlen wird und sodann in die Hände eines gutgläubigen Erwerbers gelangt.

8. **RG.** JW. **04** 497, DJZ. **04** 84 (Spruchs.). Die Verpflichtung zur Wechselerneuerung, d. h. zur Ausstellung oder Annahme eines neuen statt eines formungültigen Wechsels, ist ihrem Wesen nach eine zivilrechtliche, sie folgt niemals aus der Unterschrift eines Wechsels allein, da hierdurch nur wechselmäßige Verpflichtungen nach Maßgabe gerade dieses Wechsels entstehen. Dies ist von Bedeutung, wenn der Wechselschuldner nicht auch der Schuldner des Wechselgläubigers ist.

9. OLG. **7** 391, R. **04** 50 Nr. 260 (Zweibrücken). Es kann nicht angenommen werden, daß die Bindung des Akzeptanten eines Blanketts aufhört und ein wechselmäßiger Anspruch nicht entstehen kann, wenn zur Zeit der Präsentation der Wechsel noch nicht die Unterschrift des Ausstellers trägt, sondern erst nachträglich vervollständigt wird.

Art. 22. *E. F. Bruck, Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte, führt aus: Aus der Natur des Wechsels als einer reinen Skripturobligation folgt der Ausschluß von Bedingungen bei der Hauptverpflichtung wie bei den akzessorischen Skripturakten (Akzept, Indossament, Wechselbürgschaft). Aus der Zulassung der in Artt. 21 und 22 erwähnten „Einschränkungen" des Akzepts ist für die Bedingbarkeit nichts zu folgern, da sie gleichfalls den für den Wechsel allgemein gültigen Erfordernissen unterworfen sind.

Art. 23. 1. *Beißer, ÖstAGZ. **04** 171. Auch wenn der Wechsel zuvor akzeptiert, daher mehrmals in blanco tradiert und vom letzten Nehmer als Aussteller gefertigt und geltend gemacht wird, haftet der Akzeptant dem Aussteller wechselmäßig. Die Blankotradition machte den Aussteller nicht zum anormalen Wechselsukzessor; Einwendungen können ihm nur innerhalb der Grenzen des Art. 82 entgegengesetzt werden. Das Gegenteil darf nicht daraus abgeleitet werden, daß der Aussteller auf dem Wechsel dem Akzeptanten unmittelbar gegenübersteht, denn Art. 82 verlangt, daß die persönlichen Einwendungen dem jedesmaligen Kläger gegenüber unmittelbar zustehen. Auch die Einwendungen auf Grund der Abmachungen über die Ausfüllung des Wechselpapiers, z. B. über

Betrag und Fälligkeit, können dem redlichen Erwerber gegenüber, der von der abredewidrig erfolgten Ausfüllung keine Kenntnis hatte, nicht entgegengehalten werden. Seine nachträgliche Fertigung als Aussteller macht ihn nicht zum Teilnehmer an dem geschehenen Mißbrauch. Dessen Folgen gegenüber Gutgläubigen trägt der Akzeptant, weil er das Blankett in blanco unterschrieben aus der Hand gegeben hat.

2. **RG.** JW. **02** 364, R. **02** 326, 327. Der verklagte Akzeptant B. machte den Einwand, daß der Aussteller C. mit einer Konkursforderung gegen die klagende Konkursmasse A. aufgerechnet und den erworbenen Anspruch auf Herausgabe des Wechsels an B. übertragen habe. A. konnte auf Grund des Indossaments nach seiner Wahl gegen B. oder C. klagen. Dem widerspricht nicht Art. 48, welcher stets verlangt, daß A. für das, was er zu fordern hat, Erstattung erhalte. Eine solche Erstattung liegt aber nur in der Zahlung, nicht auch in der Aufrechnung, die für A. trotz seines Anspruchs gegen B. den Verlust eines bedeutenden Teiles seiner Wechselforderung herbeiführen würde. C. hat daher selbst nicht den Anspruch auf Herausgabe des Wechsels erworben und konnte ihn daher nicht abtreten. — C. konnte auch durch einseitige Aufrechnungserklärung nicht die ihm fremde Schuld des B. tilgen. Auf das eigentümliche Solidarschuldverhältnis nach Art. 81 findet § 422 BGB. keine Anwendung.

.3 **RG.** JW. **02** 545, GruchotsBeitr. **47** 145. Die Genehmigung einer Wechselerklärung enthält nicht ohne weiteres zugleich die Genehmigung der dem Wechselzug unterliegenden Abreden. Gibt daher jemand die Genehmigung zur Wechselunterschrift seiner Frau, um einem anderen zu einem Darlehn zu verhelfen, so ist hieraus nicht auf die Genehmigung zu schließen, daß die Ehefrau für sich Darlehne entnimmt. Auch in einem Zahlungsauftrage des Ausstellers an den Trassaten ist dies nicht zu finden. Will der Akzeptant den Aussteller auf Deckung in Anspruch nehmen, so muß er das dem Wechselzuge zugrunde liegende materiell-rechtliche Verhältnis darlegen.

4. OLG. **7** 394 (Dresden). Ein gefälschtes Akzept wird durch eine nachträgliche Genehmigung nicht wirksam. Anders wäre es, wenn sein Urheber es in Erwartung nachträglicher Genehmigung auf den Wechsel gesetzt hätte (Staub, WO. 179, SeuffA. **49** 330, **51** 199). (Vgl. zu Artt. 75, 76.)

5. LG. Mainz, HessRspr. **3** 131, OLG. **5** 42 (Darmstadt). Das Indossament eines Wechselunfähigen, z. B. einer noch nicht bestehenden GmbH., ist materiell ungültig und verpflichtet den Akzeptanten nicht gegenüber dem Indossanten. Die formelle Gültigkeit der Unterschrift wird jedoch durch die mangelnde Wechselfähigkeit nicht beseitigt, und dies hat die Wirkung, daß ein späterer gutgläubiger Erwerber des Wechsels sein Recht aus dem Wechsel gegen den Akzeptanten geltend machen kann, ohne durch vorhergehende ungültige Unterschriften beeinträchtigt zu werden.

Art. 24. 1. **RG.** JW. **04** 152, DJZ. **04** 84 (Spruchs.). Ist einer von zwei auf einem Wechsel befindlichen Domizilvermerken von dem Aussteller durchgestrichen, so hat dieser dadurch für jedermann erkenntlich zum Ausdrucke gebracht, daß dieser Vermerk nicht gelten solle. Der Akzeptant muß diese Ausstreichung daher gegen sich gelten lassen, zumal wenn er auf die Benachrichtigung über die Veränderung des Domizils keine Einwendungen erhoben hat.

2. R. **05** 257 Nr. 1229 (Naumburg). Der zur Domizilierung ermächtigte Aussteller darf seinen Domizilvermerk nicht nachträglich durch einen anderen ersetzen; hierin liegt eine Fälschung Wenn auch die Domizilierung der Wechsel regelmäßig durch die Aussteller zu geschehen hat, so ist gleichwohl auch die nachträgliche Domizilierung durch den Wechselinhaber mit rechtlicher Wirksamkeit gegen den Akzeptanten dann statthaft, wenn dieser der nachträglichen

Domizilierung zustimmt (Staub Anm. zu Art. 24 WO., **RG. 32** 38). Eine solche Zustimmung liegt vor, wenn der Wechselinhaber dem Akzeptanten, mit dem er im regen Wechselverkehr steht, Mitteilung von der Domizilierung macht und der Akzeptant, dem die Bedeutung des Domizilvermerkes bekannt ist, dagegen nicht sofort Widerspruch erhebt.

3. OLG. 5 97 (Kiel). Hat ein Indossatar A. einen Domizilvermerk auf ein Akzept gesetzt, so kann er gegen den Indossanten B. nur klagen, wenn er beweist, daß B. mit der nachträglichen Domizilierung einverstanden war, oder daß eine rechtzeitig beim Akzeptanten (dieser hatte 9 Tage nach der Protesterhebung Konkurs gemacht) erfolgte Präsentation des Wechsels keinen Erfolg gehabt hätte.

Art. 26. Holdheims MSchr. **12** 256, R. **03** 531 Nr. 2741 (Dresden). Art und Höhe der nach Art. 26 geforderten Sicherheit braucht im Klagantrage nicht näher bestimmt zu werden.

Art. 29. 1. **RG.** BadRpr. **02** 186, ElsLothZ. **27** 424. Die wegen Unsicherheit des Akzeptanten nach Art. 29 WO. zu leistende Sicherheit kann nur in betreff der Akzeptsumme gefordert werden; sie ist in der Zahlungspflicht einbegriffen und ihre Erfüllung kann deshalb da begehrt werden, wo bei Verfall des Wechsels Zahlung zu leisten ist. Wird die Klage ferner auf die Behauptung der Übernahme sämtlicher Passiven, darunter der Wechselverbindlichkeit durch den Beklagten gestützt, so bedarf es für die Frage der Zuständigkeit nicht der Prüfung, ob wirklich die Schuldübernahme stattgefunden hat; vielmehr genügt die einfache Behauptung, daß die Beklagten die Wechselschuld übernommen haben, ohne daß hierbei eine Änderung des Erfüllungsorts der Wechselverbindlichkeit bewirkt ist.

2. OLG. **7** 327, R. **03** 582 Nr. 3040, Holdheims MSchr. **03** 256, 531 Nr. 2741 (Dresden). Die Zwangsvollstreckung gegen die Akzeptanten wegen der von ihnen nach Art. 29 zu fordernden Sicherheitsbestellung ist auf dieselbe Weise zulässig wie die Vollziehung eines dinglichen Arrestes wegen der Wechselsumme.

3. HansGZ. **04** Hptbl. 216 (Hamburg). Auf Grund des Art. 29 WO. kann Sicherstellung auch dann gefordert werden, wenn der Wechselschuldner bereits vor Ausstellung des Wechsels seine Zahlungen eingestellt hat, denn die Worte in Ziff. 2 „nach Ausstellung des Wechsels" beziehen sich nicht auch auf die Fälle unter Ziff. 1.

Art. 36. (Vgl. Artt. 74, 76, 81, 82.) 1. **RG. 53** 204. Der Wechselschuldner ist regelmäßig befugt, sich mit der sich aus Art. 36 WO. ergebenden formellen Legitimation des Wechselgläubigers zu begnügen; er braucht auch die Echtheit der Indossamente nicht zu prüfen. Da aber die formelle Legitimation nur die Vermutung für die materielle Legitimation des Wechselgläubigers begründet, so kann der Wechselschuldner diese Vermutung auch entkräften zwar nicht durch den Nachweis, daß vorhergehende Wechselzeichnungen gefälscht seien, wohl aber durch den Nachweis, daß der formell legitimierte Wechselinhaber bösgläubig oder grobfahrlässig den Wechsel von einem zur Begebung nicht Berechtigten erworben habe. Die Entkräftung der Vermutung, welche regelmäßig nur ein Recht des Wechselschuldners bildet, wird zur Pflicht, wenn er weiß oder wissen muß, daß der Vorzeiger den Wechsel bösgläubig oder grobfahrlässig erworben hat. Anders HansGZ. **04** Hptbl. 1 (Hamburg).

2. **RG.** HansGZ. **03** Hptbl. 73 Nr. 30, JW. **03** 34. Der Wechselschuldner kann sich in der Regel mit der formellen Legitimation des Gläubigers begnügen; braucht die Echtheit der Indossamente nicht zu prüfen. — Er kann jedoch die Vermutung für den gutgläubigen Erwerb des Wechsels durch den Nachweis entkräften, daß der formell legitimierte Inhaber dolos oder grobfahrlässig von einem zur Begebung nicht Berechtigten erworben hat. — Die Bekämpfung der Legitimation des Vorzeigers ist unter Umständen Pflicht des Schuldners. Leistet er

Zahlung an den Präsentanten, obwohl er wissen mußte, daß der Vorzeiger dolos oder grobfahrlässig erwarb, kann er selbst als gutgläubig nicht erachtet werden und läuft Gefahr, dem vindizierenden Eigentümer nochmals zahlen zu müssen (vgl. Ziff. 8).

3. **RG.** JW. **00** 472, GruchotsBeitr. **44** 1040, Holdheims MSchr. **00** 193. Mängel des Indossaments, welche in seiner äußeren Form nicht erkennbar sind, schließen die Legitimation des Wechselinhabers nicht aus. Ein offensichtlicher, aus der bloßen äußeren Form des Indossaments erkennbarer Mangel liegt nicht vor, wenn das Indossament der klagenden Genossenschaft zwei Unterschriften, die eines Vorstandsmitglieds und die eines Bevollmächtigten, trägt. Es ist nach § 42 GenG. gültig, ohne Rücksicht darauf, ob dieser rechtlich zur Mitunterzeichnung nicht befugt war (Thöl, WR. (3) 505, 572, Rehbein, WO. (5) 65, Bernstein, WO. 181; aM. Staub, WO. Art. 36 § 24).

4. **RG.** **55** 47 ff., JW. **03** Beil. 97, HansGZ. **03** Hptbl. 266. Der Inhaber eines Wechsels ist als dessen Eigentümer legitimiert, wenn nach dem Anblick der Wechselurkunde die Reihe der Indossamente ununterbrochen vom Remittenten bis auf ihn hinunterführt. Für diese Legitimation kommt es allein auf den äußerlichen Zusammenhang der als Indossament sich darstellenden Erklärungen an. Der an den so formell legitimierten Inhaber des Wechsels zahlende Wechselschuldner wird, auch wenn der Inhaber des Wechsels dessen wahrer Eigentümer nicht ist, durch die Zahlung von seiner Schuld nur dann nicht befreit, sofern er bei der Zahlung wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß jener nicht Eigentümer des Wechsels war. Dieser Rechtssatz geht parallel mit dem Grundsatze des Art. 7[4] WO. (vgl. Grünhut, WR. II § 107).

5. **RG.** DJZ. **01** 141, Holdheims MSchr. **01** 34, NaumburgAK. **01** 1. Der im Regreßwege belangte Indossant ist beweispflichtig für die Behauptung, daß die Wechselsumme nachträglich vom Aussteller erhöht ist. Wer einen indossablen Wechsel in Verkehr bringt, nimmt unter Vorbehalt des Beweises einer etwaigen Verfälschung der Wechselschrift, den er zu führen hat, die Gefahr auf sich, daß er dem gutgläubigen Erwerber gegenüber gemäß demjenigen Inhalte des Wechsels haftbar wird, den dieser in äußerlich mangelfreier Gestalt zur Zeit des Erwerbes aufweist.

6. **RG.** **47** 126, JW. **01** 39, Holdheims MSchr. **01** 83. Steht auf der Rückseite eines an die Order eines dritten Remittenten lautenden gezogenen Wechsels dem Vollgiro des Remittenten ein Blankogiro des Wechselausstellers als erstes Giro voran, so wird dadurch die zusammenhängende Reihe der Indossamente unterbrochen und der Wechselinhaber, welcher seine Legitimation auf solche Indossamente stützt, nicht in Gemäßheit des Art. 36 legitimiert. Der auf Antrag des letzten Inhabers eines solchen Wechsels erhobene Protest ist nicht ordnungsgemäß, weil er nicht auf Antrag des wechselrechtlich legitimierten Inhabers erhoben ist, und die darauf gestützte Wechselregreßklage unterliegt der Abweisung.

7. R. **05** 506 Nr. 2050 (Colmar). Auch außerhalb des Wechselprozesses kann der aus dem Wechsel klagende Indossatar die Lücke in der auf ihn hinuntergehenden Reihe von Indossamenten nicht durch anderweite, außerhalb des Wechsels liegende Beweise über seine Legitimation als dessen Eigentümer (z. B. durch Bescheinigungen) ergänzen.

8. SächsOLG. **26** 318, BankA. **4** 143. Der Wechselklage eines Blankogiratars kann der Einwand entgegengesetzt werden, daß zwischen dem Kläger und seinem Vormanne nur ein bedingter Begebungsvertrag zustande gekommen und die Bedingung dieses Vertrags nicht eingetreten sei.

9. SchlHolstAnz. **04** 53 (Kiel). Das Blankoindossament des Ausstellers eines an eigene Order ausgestellten Wechsels beseitigt nicht die Aktivlegitimation des im Besitze des Wechsels befindlichen Ausstellers.

10. OLG. **2** 104 ff. (Marienwerder). Für die Entscheidung der Frage, ob ein bloßer Wechselinhaber legitimiert ist, wenn das Indossament, aus dem er sein Recht herleitet, ein Vollindossament mit durchstrichenem, nicht an ihn gerichteten Übertragungsvermerk ist, sind zwei Fälle zu unterscheiden. a) War das Indossament ursprünglich ein Vollindossament und ist der Übertragungsvermerk nachträglich gestrichen, so ist der Wechselanspruch nicht gültig auf den Inhaber übergegangen. b) War das Giro ursprünglich ein Blankogiro und ist der Übertragungsvermerk nachträglich irrtümlich eingefügt und nach Entdeckung des Irrtums wieder gestrichen worden, so ist der Inhaber durch das Blankogiro legitimiert und dieses Recht durch die irrtümliche Einfügung des Übertragungsvermerks nicht beseitigt worden. Daß Fall b vorliegt, muß der klagende Inhaber beweisen.

11. PosMSchr. **04** 78, R. **04** 389 Nr. 1750 (Marienwerder). Die Stelle, an der das Indossament auf dem Wechsel stehen muß, ist nicht bestimmt. Es ist nicht erforderlich, daß die einzelnen Indossamente räumlich hintereinander, d. h. untereinander stehen müssen; auch ein neben einem anderen stehendes, am Rande quer geschriebenes Indossament ist zulässig, wenn aus dem Wechsel selbst hervorgeht, daß es sich unmittelbar an das neben ihm stehende Indossament anschließt.

12. PucheltsZ. **33** 665 (Karlsruhe). Die aus Versehen unterlassene Durchstreichung eines Indossaments kann im Wechselprozesse nachgeholt werden (vgl. Ziff. 2).

13. HansGZ. **02** Hptbl. 110, OLG. **6** 55 (anders LG. Hamburg). Der Wechselschuldner, der über die Person des Gläubigers in Ungewißheit ist (z. B. wenn Kläger durch die Sekunda, Nebenintervenient durch die Tertia als Gläubiger legitimiert ist), kann gemäß § 372 BGB. hinterlegen. Er ist aber nicht in Ungewißheit, wenn ein Vorindossant behauptet, sein auf dem Wechsel stehendes Indossament sei gefälscht. Die Klägerin ist deshalb doch, da sie im guten Glauben den Wechsel erworben hat, die nach Art. 36 legitimierte Gläubigerin (vgl. Ziff. 9).

14. **RG. 53** 204, **55** 47. Wegen subjektiver Ungewißheit über die Person des Gläubigers (§ 372 Satz 2 BGB.) kann der Wechselschuldner die Wechselsumme mit befreiender Wirkung hinterlegen.

Art. 39. 1. BayRpflZ. **05** 83, R. **05** 84 Nr. 354 (BayObLG.). Der Wechselgläubiger hat nach Art. 39 WO. im Falle der Zahlung die Verpflichtung, den Wechsel zu quittieren und dem Wechselschuldner auszuhändigen. Wenn der Wechselschuldner den Wechsel nach der Zahlung nicht herausverlangt, hat er ihn so zu verwahren oder zu entkräften, das der Schuldner nicht in die Gefahr kommt, noch einmal zahlen zu müssen. Ein Zuwiderhandeln gegen diese Bestimmung verpflichtet den Wechselgläubiger zum Schadensersatz. Darin, daß der Wechselschuldner von seinem Rechte, den Wechsel herauszuverlangen, keinen Gebrauch macht, liegt kein den Ersatzanspruch entkräftendes eigenes Verschulden.

2. R. **03** 161 Nr. 898 (Frankfurt a. M.). Eine Verpflichtung zur Rückgabe der Wechselurkunde ist aus dem zwischen dem Gefälligkeitsakzeptanten und dem Wechselnehmer bestehenden Rechtsverhältnis an sich nicht herzuleiten. — AM. R. **03** 240 Nr. 1350, KGBl. **03** 40 (KG.). Der Gefälligkeitsakzeptant hat weder einen dinglichen, noch einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe des Wechsels, sondern nur auf dessen Vorlegung und Durchstreichung der Unterschrift.

3. **RG.** JW. **03** 375. Geht der Wechselgläubiger auf das ursprüngliche Schuldverhältnis zurück, so hat er grundsätzlich den Wechsel zurückzugeben, weil

der Schuldner ohnedies in die Lage kommen kann, doppelt in Anspruch genommen zu werden. Diese Gefahr fällt fort, wenn der Gläubiger beweist, daß der Wechsel verjährt, ungültig oder vernichtet ist (**ROHG. 20** 86, Bolze, Entsch. **15** Nr. 253, **18** 318, 319).

4. **RG.** JW. **02** Beil. 263. Steht dem Gläubiger, der dem Schuldner den Wechsel versehentlich ausgehändigt hat, auf Grund der §§ 812, 985 BGB. ein Anspruch auf Herausgabe zu, so kann der Gläubiger unmittelbar im ordentlichen Verfahren Berichtigung des Wechsels verlangen.

Art. 40. **RG. 53** 204, JW. **03** Beil. 34. Neben die Hinterlegungsgründe des Wechselrechts treten auch für den Wechselschuldner die des bürgerlichen Rechtes.

Art. 41. (S. Artt. 87, 88.) 1. OLG. **10** 362 (Frankfurt a. M.). Die Protestaufnahme ist unter allen Umständen zum Nachweise der Inverzugsetzung im Wechselprozeß erforderlich. Der Schuldner hat das Recht, seine Zahlung von der Aushändigung des quittierten Wechsels abhängig zu machen, jedoch ist keineswegs dem Gläubiger die Pflicht auferlegt, bei der Präsentation den quittierten Wechsel vorzulegen. Aushändigung des quittierten Wechsels und Zahlung sind Zug um Zug zu bewirkende Leistungen; der Gläubiger braucht die ihm obliegende Leistung nur dann anzubieten, wenn der Schuldner seine Leistung von derjenigen des Gläubigers abhängig macht.

2. OLG. **10** 365, R. **05** 347 Nr. 1624 (KG.). Der Protestbeamte hat den Schuldner zur Zahlung aufzufordern, aber weder das Recht, noch die Pflicht, die Wechselsumme in Empfang zu nehmen und darüber auf dem Wechsel zu quittieren. Danach ist ausgeschlossen, daß der Schuldner, der zur Zahlung bereit ist, durch Zahlungsaufforderung des mit der Präsentation und etwaigen Protestation des Wechsels beauftragten Gerichtsvollziehers in Verzug gesetzt werden kann, auch wenn er die Zahlung nicht angeboten hat. Ein in solchem Falle aufgenommener Protest ist keine genügende Grundlage des Regreßanspruchs aus Art. 57.

Art. 43. (S. Art. 88.) 1. MecklZ. **21** 24 (Rostock). Ist durch die Protesturkunde außer Zweifel gestellt, daß tatsächlich gegen die Domiziliatin Protest erhoben ist, dann ist es bedeutungslos, wenn es im Eingange der Urkunde heißt, der Notar habe sich zur Domiziliatin begeben, um den Wechsel dem Bezogenen zu präsentieren.

2. OLG. **5** 91 (bestätigt vom RG.), BraunschwZ. **03** 47 (Braunschweig). Ist der Domizilvermerk nach der Annahme ohne Einwilligung des Akzeptanten durchstrichen (Wechselfälschung), so steht auch dem gutgläubigen Erwerber des Wechsels bei Nichterhebung des Protestes kein Wechselanspruch gegen Akzeptanten zu (vgl. Ziff. 6). Ebenso JW. **02** 466 (Dresden).

3. **RG.** JW. **03** 157, ZBlFG. **4** 217. Der Protest ist richtig gegen den Domiziliaten erhoben. Der Bericht über den erteilten Auftrag (in den Eingangsworten der Protesturkunde) ist nur insofern ein wesentlicher Teil des Protestes, als die Firma angegeben werden muß, für die der Protest erhoben wird. Ein unbestimmter oder unrichtiger Auftrag dagegen schadet nicht; es kommt nur darauf an, ob der Protest richtig erhoben ist.

4. **RG.** JW. **03** 186, BankA. **2** 175, Holdheims MSchr. **03** 126, BankA. **2** 175. Eideszuschiebung darüber, daß der Wechsel, als Kläger ihn erwarb, noch nicht mit Domizilvermerk versehen war, ist erheblich und zulässig. Denn ist der Domizilvermerk erst nach dem Erwerb auf den Wechsel gesetzt worden, so braucht der Beklagte den Vermerk und folglich auch den erhobenen Protest nicht gegen sich gelten zu lassen.

5. ThürBl. **51** 83 ff., R. **04** 506 Nr. 2188 (Jena). Protesterhebung gemäß Art. 43 WO. ist regelmäßig auch dann erforderlich, wenn der Wechsel beim Aussteller gezahlt werden soll.

6. SeuffA. **60** 411, ZBlFG. **6** 374 (Kassel). Wenn der Domiziliat ein besonderes Geschäftslokal hat, so muß der Protest in diesem erhoben werden, auch wenn der Protestat inzwischen in Konkurs geraten ist. Hat der Protestbeamte aber die Tür des Geschäftslokals verschlossen gefunden und das Protokoll über die Protestaufnahme erst in seiner Amtsstube aufgenommen und sodann erst den Protest gefertigt, so ist der Protest trotzdem gültig, selbst wenn die Gläubigerversammlung die Nichtfortführung des Geschäfts beschlossen hatte, denn es steht nicht fest, daß der Kridar sein Geschäft und seine Firma aufgegeben hat.

Art. 45. OLG. Frankfurt. Die Schuld des Wechselregreßverpflichteten ist eine Bringschuld. Eine Präsentation zur Zahlung schreibt die WO. nur gegenüber dem Akzeptanten, nicht gegenüber dem Regreßpflichtigen vor. Für letzteren gilt daher die Regel des § 270 BGB.

Art. 47. (S. auch zu Art. 51.) 1. R. **03** 459 Nr. 2404, BadRpr. **03** 171 (Karlsruhe). Wer auf dem Wechsel seinen Wohnort angibt, von dem wird angenommen, daß er auf Benachrichtigung verzichtet.

2. OLG. **10** 367, R. **05** 347 Nr. 1625 (Frankfurt a. M.). Die Benachrichtigung gemäß Art. 51 liegt nach Art. 47 dem Regreßnehmer nur gegenüber solchen Vormännern ob, deren Indossament mit einer Ortsbezeichnung versehen ist. Diese Ortsangabe hat bei dem Indossamente zu stehen; der Umstand, daß der Name des Beklagten noch einmal auf dem Wechsel als Notadresse vorkommt und hier mit einer Straßenangabe versehen ist, kann deren Fehlen beim Indossamente nicht ersetzen.

Art. 48. **RG. 50** 416, R. **02** 213 Nr. 1035. Wenn der Wechselschuldner im ordentlichen Verfahren zur Zahlung der Wechselsumme rechtskräftig verurteilt ist, wird seine gegen den Wechselgläubiger erhobene Klage auf Herausgabe des Wechsels, die darauf gestützt war, daß der Wechsel nicht besteht, der Wechsel sich vielmehr ohne gerechtfertigten Grund in den Händen des Beklagten befindet, durch die Einrede der Rechtskraft beseitigt.

Art. 50. R. **03** 531, HessRspr. **4** 98 Nr. 2742 (Darmstadt). Die Regreßansprüche des Wechselinhabers, der den Wechsel mangels Zahlung hat protestieren lassen, beschränken sich auf die im Art. 50 bezeichneten Rechte; Zinsen von Auslagen können weder als Verzugs-, noch als Prozeß-, noch als kaufmännische Zinsen nach § 353 HGB. geltend gemacht werden.

Art. 51. 1. *Wieland a. a. O. Voraussetzungen des Rembours-regreßanspruchs. Der Remboursregreßanspruch beruht auf dem Versprechen der Leistung an Dritte. Dritter ist der legitimierte Inhaber. Der Gläubiger verliert daher seinen Regreßanspruch: a) wenn er den Wechsel vom nicht legitimierten Inhaber eingelöst hat; b) wenn der Aussteller in Kenntnis von einem gegründeten Mangel der materiellen Berechtigung des legitimierten Inhabers Zahlung verweigert hat; c) wenn er den Wechsel vom legitimierten Remboursregredienten eingelöst hat, jedoch der letzte Inhaber oder ein zwischenliegender Remboursregredient nicht legitimiert waren; d) wenn er einen präjudizierten oder verjährten Wechsel eingelöst hat. Dagegen ist der Remboursregredient regreßberechtigt, wenn er, auch ohne regreßpflichtig zu sein, den Wechsel vom legitimierten Inhaber eingelöst hat (z. B. der Indossant hat den Wechsel ohne Obligo indossiert und nachträglich eingelöst) (§ 20).

Rechtsprechung. (S. auch zu Art. 81.) 2. **RG.** SächsA. **15** 197, R. **05** 372. Der die Wechselregreßklage gegen einen Vordermann erhebende Indossant braucht die Behauptung, daß er den Wechsel im Regreßwege von seinem Nachmann eingelöst hat, nicht zu beweisen; es ist Sache des Beklagten, den Nachweis zu erbringen, daß die durch Vorlegen der Urkunden verschaffte Legitimation nur Schein ist und der Kläger in Wahrheit den Wechsel nicht eingelöst hat.

3. **RG.** Holdheims MSchr. **00** 221. Es genügt zum Nachweise des Rückerwerbes eines protestierten Wechsels der Besitz des Wechsels und des Protestes. Der Besitz des Wechsels läßt vermuten, daß der Inhaber des Wechsels diesen durch Tilgung seiner Wechselverbindlichkeit zurückerworben hat.

4. ThürBl. **52** 92, R. **05** 199 Nr. 924 (Jena). Wenn der Domizilvermerk nach der Akzeptation des Wechsels ohne Genehmigung des Akzeptanten auf den Wechsel gesetzt ist, so haftet dieser nur so, wie wenn der Wechsel nicht domizilirt wäre.

5. PosMSchr. **02** 177 (Marienwerder). Der Inhaber hat kein Regreßrecht gegen den Indossanten A., der zugleich sein Indossatar ist. Hat aber A. das Indossament nur zur Bürgschaftsübernahme gegenüber dem Wechselinhaber erteilt, ist er doch regreßpflichtig.

6. **RG.** JW. **03** 433. Der aus Artt. 51, 53 WO. entnommene Satz, daß für Ansprüche aus Wechselprolongationen das zivilrechtliche Verbot des Anatozismus beseitigt sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht begründet. Die Wechselordnung wollte diese Frage nicht regeln, sie ist dem bürgerlichen Rechte überlassen geblieben (hier Art. 1054 Code civil).

Art. 54. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 371, R. **04** 256 Nr. 1245, JW. **04** 75, Holdheims MSchr. **04** 77. Zahlung des Wechsels durch einen von mehreren Wechselschuldnern läßt die Wechselforderung des Wechselinhabers unberührt, wenn und solange die Wechselurkunde unverändert und ohne Zahlungsvermerk in dessen Besitz bleibt. Die Wechselforderung kann daher, und zwar auch durch Abtretung, noch immer gegen einen anderen Wechselschuldner geltend gemacht werden, dem eine Einrede aus der Zahlung nur zusteht, wenn der Wechselinhaber arglistig handelt, d. h. wenn er für sich zum zweitenmal begehrt, was er durch die Zahlung schon erhalten hat.

Art. 56. OLG. **10** 367 (Köln); R. **05** 347 Nr. 1625 (Frankfurt a. M.). Die Einlösung des gegen den Akzeptanten mangels Zahlung protestierten Wechsels durch den Aussteller als Notadresse zu Ehren eines Indossanten ist insofern unwirksam, als sie nicht zu dessen Gunsten, sondern als eigene Zahlung des Ausstellers gelten muß; denn der Trassant kann eine Ehrenzahlung nicht zu Ehren eines Indossanten, sondern nur zu eigenen Ehren oder zu Ehren des Akzeptanten leisten. Der im Besitze von Wechsel und Protest befindliche Indossant kann auf Grund des bloßen Besitzes von Wechsel und Protest die Wechselklage nicht erheben. (Grünhut, WR. II 523, Staub, WO. Art. 63 § 3, Wächter, WR. 424, Borchardt, Art. 63 Zus. 636.)

Art. 73. 1. **RG.** **49** 132, JW. **05** 844. Die Annahme ist geboten, daß nach Erlaß des Ausschlußurteils der Regreß stattfindet, und zwar ausschließlich mit den Abweichungen, die der Verlust des Wechsels und dessen Kraftloserklärung bedingt. Diese aber bestehen darin, daß die Aktivlegitimation des Wechselgläubigers durch das Ausschlußurteil festgestellt wird; daß der Inhalt des Wechsels und die Passivlegitimation des Regreßpflichtigen, da dies nicht mehr durch Vorlegung des Wechsels nachgewiesen werden kann, durch anderweite Beweismittel dargelegt werden muß, aber auch darf; und daß gegen die Zahlung nicht mehr der Wechsel auszuliefern ist, sondern das Ausschlußurteil. Im übrigen sind die gewöhnlichen Bedingungen des Regresses nachzuweisen, insbesondere die Protesterhebung, soweit sie erforderlich ist.

2. OLG. **2** 418 ff. (Stuttgart). Ist der Wechsel verloren gegangen und seine Kraftloserklärung rechtskräftig erfolgt, so ist gegen den Trassanten und Indossanten ein Regreß nicht gegeben. — Von der Regel, daß der Besitz des Wechsels für die Ausübung des Rechtes aus dem Wechsel unerläßlich ist, kennt die WO. nur die Ausnahme, daß der Eigentümer eines abhanden gekommenen

Wechsels nach der Einleitung des Amortisationsverfahrens von dem Akzeptanten Zahlung gegen Sicherheitsleistung — und, wie sich hieraus selbstverständlich ergibt, nach erfolgter Amortisation schlechthin Zahlung fordern kann. Für die Regreßpflichtigen hat die WO. eine ähnliche Ausnahmebestimmung nicht getroffen. Die Entstehungsgeschichte des Art. 73 macht es zweifellos, daß man einen solchen Regreß nicht zulassen wollte. — Die ZPO. hat richtiger Ansicht nach in der streitigen Frage keine Änderung gebracht. Nach § 1018 (850) ZPO. ist die Wirkung des Amortisationsverfahrens dahin bestimmt worden, daß die Urkunde für kraftlos erklärt und der Antragsteller dem Verpflichteten gegenüber berechtigt wird, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen. Welches aber die aus der Urkunde Verpflichteten sind und unter welchen Bedingungen, Voraussetzungen und mit welchem Inhalte die Rechte aus der Urkunde geltend gemacht werden können, hat die ZPO. nicht bestimmt. — Die Bedeutung des § 1018 (1850) liegt, wie sich auch aus den Mot. d. nordd. Entw. z. ZPO. (dessen §§ 1153 und 1154 wörtlich mit §§ 848 und 850 ZPO. übereinstimmen) ergibt, nur darin, daß durch die Amortisation neben der Kraftloserklärung der Urkunde die Aktivlegitimation des Antragstellers zur Geltendmachung der Rechte aus der Urkunde hergestellt wird. — Ganz willkürlich ist es, das Ausschlußurteil an die Stelle der nach Art. 54 WO. auszuliefernden Wechselurkunde zu setzen. — Schon der Inhalt des Urteils deckt sich nicht mit dem Wechsel, viel weniger ist es Reproduktion der Originalwechselurkunde.

3. OLG. **5** 94 (KG.). Solange das Aufgebotsverfahren schwebt, fehlt es an einem Mittel, die Rechte des Gläubigers in weiterem Umfange, als Art. 73 bestimmt, geltend zu machen. Also gibt es solange keine Klage gegen den Aussteller.

Art. 74. (S. zu Artt. 36, 81, 82.) 1. **RG. 45** 261, Holdheims MSchr. **00** 109. Art. 74 WO. besagt zwar, daß der legitimierte gutgläubige Wechselerwerber Eigentümer des Wechsels wird und demzufolge gegen die Vindikation geschützt ist. Dagegen steht sie einem Anspruch auf Herausgabe des Wechsels, der nicht auf das Eigentum gestützt wird, nicht im Wege (z. B. auf ungerechtfertigte Bereicherung). Dies ist z. B. der Fall, wenn der Inhaber eines Blankowechsels diesen nur zum Diskont vom Akzeptanten erhalten hat und bei Hingabe des Wechsels ausdrücklich als dessen angeblich beauftragter Stellvertreter und in seinem Namen auftritt.

2. **RG. 50** 416, SächsA. **13** 80. Die Einrede der Rechtskraft gegen den Anspruch auf Herausgabe eines Wechsels ist begründet, wenn der Anspruch darauf gestützt wird, daß der Wechselanspruch nicht entstanden, dieser aber inzwischen rechtskräftig festgestellt ist (ZPO. §§ 322 Abs. 1, 263).

3. HansGZ. **03** Hptbl. 133 (Hamburg). Grobe Fahrlässigkeit beim Erwerb eines Wechsels kann auch darin liegen, daß ein völlig unbekannter Inhaber ohne Ausweis der Identität als der aus dem Wechsel Berechtigte anerkannt wurde. Es kommt darauf an, ob der Erwerber beim Erwerb ohne grobes Verschulden die Identität annehmen durfte.

Artt. 75, 76. Literatur: Keyßner, Einfluß der Fälschung der Wechselsumme in einem höheren Betrag auf die Haftung aus dem Wechsel, BankA. **3** 11. — Lehmann, DJZ. **04** 693 (gegen **RG. 54** 386, JW. **03** 24, 30). — Vonschott, Holdheims MSchr. **02** 254: Begründet die Abänderung bereits ausgefüllter Teile eines Blankoakzepts ohne Wissen des Akzeptanten stets die exceptio falsi? (verneint die Frage).

1. **a) RG.** BankA. **4** 29, JW. **04** 497, PuchéltsZ. **05** 115, 311, HoldheimsMSchr. **04** 23. Eine gefälschte Wechselunterschrift wird nicht durch nachträgliche Genehmigung gültig.

b) RG. JW. **04** 497, HoldheimsMSchr. **04** 23, DJZ. **04** 84 (Spruchs.), R. **05** 170 Nr. 780. Gefälschte Wechselunterschriften sind unabänderlich nichtig und

erlangen auch durch Anerkennung desjenigen, dessen Unterschrift gefälscht wurde, keine Wechselkraft (so Bernstein, WO. 381, Staub, WO. (4) zu Art. 76 § 6, **ROHG. 21** 165).

c) OLG. **10** 368, SchlHolstAnz. **04** 101 (Kiel). Die nachträgliche Genehmigung einer gefälschten Wechselunterschrift hat die volle Wirkung einer eigenhändigen Namensunterschrift, wenn derjenige, dessen Name mittels einer Urkundenfälschung auf den Wechsel gesetzt ist, erklärt, daß die Unterschrift so, wie wenn sie von ihm selbst oder seinem Beauftragten herrühre, angesehen werden solle. AM. Staub, WO. (4) 316. S. a. JDR. **3** BGB. § 684.

2. **a)** **RG. 54** 386, JW. **03** 246, BankA. **3** 11. Wenn die fälschende Veränderung (vor die Wechselsumme „750" ist die Ziffer „3" gesetzt) den ursprünglichen Text derart unberührt läßt, daß er neben der Veränderung in voller Integrität bestehen bleibt und nach Entfernung des fälschenden Zusatzes in dieser Integrität wieder erkennbar wird, so liegt kein Grund vor, die ursprüngliche Verpflichtung infolge der Verfälschung erlöschen zu lassen.

b) OLG. **10** 369, R. **05** 506 Nr. 2051, BankA. **4** 174 (KG.). Nachträgliche Verfälschungen des Wechselinhalts heben die ursprüngliche Verpflichtung nicht auf, wenn der ursprüngliche Text neben der Veränderung (z. B. 4500 statt 1500) in voller Integrität bestehen bleibt und nach tatsächlicher oder gedachter Entfernung des fälschenden Zusatzes auch in dieser seiner Integrität wieder erkennbar wird (**RG. 54** 386; aM. **ROHG. 23** 339). Anders wenn der ursprüngliche Text infolge der Veränderungen nicht mehr besteht und der unverfälschte Wechsel nicht protestiert ist.

3. **RG.** R. **03** 318 Nr. 1773, HoldheimsMSchr. **03** 126, BankA. **2** 192. Aus einer gefälschten Wechselunterschrift entsteht auch bei späterer der Wechselform entbehrender Unterschriftsgenehmigung keine Wechselverbindlichkeit. Keine Fälschung ist die Zeichnung eines Wechsels mit dem Namen eines anderen in dessen Interesse und als dessen Geschäftsführer ohne Auftrag.

4. **a)** **RG. 53** 261, JW. **03** 102, Holdheims MSchr. **03** 103, R. **03** 240 Nr. 1349. Die von dem Empfänger eines Blankoakzepts nachträglich ohne Erlaubnis des Akzeptanten erfolgte Änderung des vertragsmäßig fertiggestellten Wechsels ist Wechselfälschung, nicht nur Überschreitung der erteilten Ermächtigung zur Ausfüllung des Blanketts.

b) OLG. **7** 393, R. **04** 50 Nr. 259 (Posen). Der zur Domizilierung ermächtigte Wechselaussteller darf seinen Domizilvermerk nicht nachträglich durch einen anderen ersetzen; eine solche Abänderung, welche nachträglich, nachdem der Wechsel bereits ausgefüllt und durch die Hinzufügung des ursprünglichen Domizilvermerkes vollendet worden war, erfolgt, stellt im wechselrechtlichen Sinne eine Fälschung dar.

c) R. **04** 506 Nr. 2185, SächsA. **14** 256 (Dresden). Durch eine nachträgliche der Wechselform entbehrende Erklärung kann ein gefälschtes Akzept nicht gültig genehmigt werden.

d) OLG. **7** 394, R. **04** 50 Nr. 261 (Dresden). Ein gefälschtes Wechselakzept wird auch durch eine nachträgliche Genehmigung nicht wirksam.

Art. 77. 1. **RG. 58** 188, JW. **04** 453, DJZ. **04** 84 (Spruchs.), BankA. **04** 28, R. **03** 531 Nr. 2741, PucheltsZ. **05** 115. Die Ansicht, daß ein Wechsel, dessen Verfalltag in blanco gelassen, in betreff des Beginnes der Verjährung einem Sichtwechsel gleich zu behandeln sei und gemäß Artt. 31, 77 WO. spätestens nach fünf Jahren seit der Ausstellung verjähre, ist unzutreffend. Es sind solche Wechsel Tagwechsel und keine Sichtwechsel. Von dem Verfalltage beginnt nach Art. 77 WO. die Verjährung gegen den Akzeptanten. Die WO. bietet keinen Anhalt dafür, den Art. 31 auf Wechsel, die keine Sichtwechsel sind, anzuwenden,

nur weil sie in blanco ohne Verfalltag mit der Ermächtigung zur Ausfüllung gegeben sind und von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht ist.

2. **RG.** R. **05** 84 Nr. 355, PucheltsZ. **05** 311. Das gegen Rücknahme der angestrengten Wechselklage gegebene Versprechen eines Dritten, für den etwaigen Ausfall der Wechselforderung aufkommen zu wollen, enthält ein selbständiges Garantieversprechen für den Eingang des Wechsels. Dem darauf gegründeten Anspruche gegenüber kann nicht geltend gemacht werden, daß der Wechsel verjährt ist.

3. **RG. 45** 120 Nr. 424, JW. **00** 185, GruchotsBeitr. **44** 1096. Zur Unterbrechung der Wechselverjährung ist eine innerhalb der Verjährungsfrist rechtsgültig erfolgte Klagezustellung erforderlich.

4. **RG.** JW. **01** 321. Wird einem nicht durch den Beklagten bevollmächtigten Anwalte die Klage zugestellt, so gilt die Verjährung des Klaganspruchs als durch diese Klagezustellung unterbrochen, wenn der Beklagte die Prozeßführung des Anwalts nachträglich genehmigt.

Art. 78. HansGZ. **02** Beibl. 135 (Hamburg). Auch die kurze Wechsel-Verjährung kann an einem Sonntage ablaufen. Die Bestimmung § 193 BGB. ist darauf nicht anwendbar.

Art. 79. SächsA. **13** 270, R. **03** 241 Nr. 1352 (Dresden). Eine vor der Fälligkeit eines Wechsels vereinbarte Prolongierung führt zwar keine Änderung des Vertrags, wohl aber der Zahlungszeit herbei; deshalb bleibt der Verfalltag für die Protestfrist und den Beginn der Verjährung gegen den Akzeptanten maßgebend. Dabei ist es einflußlos, ob es in der Tat zur Hingabe und Annahme eines Prolongationswechsels kommt.

Art. 80. OLG. **10** 370, 371 (Darmstadt). Die Vorschriften des BGB. §§ 208, 202 über Unterbrechung und Hemmung der Verjährung finden auch auf die Verjährung von Wechselansprüchen Anwendung. AM. Dernburg, BR. II² § 227, übereinstimmend Staub, Art. 79 §§ 2, 3, 30, Rehbein, Artt. 77 bis 80 Anm. 7, 119, Lehmann, DJZ. **00** 172, Bernstein, WO. 202.

Art. 81. (S. auch zu Artt. 4, 36, 82, 96.) I. *Wieland, Der Wechsel. (Basel 1901.) 1. Wechselbürgschaft. Die Übernahme einer Wechselverbindlichkeit für eine materiell fremde Schuld kann in dreifacher Form erfolgen. Zu unterscheiden sind: a) Die wechselmäßige Interzession. Der Interzedent gibt die Absicht, eine fremde Schuld zu übernehmen, dem Gläubiger nicht zu erkennen (Gefälligkeitsunterschrift). Da er nur zum materiell Beteiligten in kausaler Beziehung steht, begründet er für sämtliche übrigen Wechselinhaber eine selbständige abstrakte Wechselforderung. — b) Die verdeckte Wechselbürgschaft. Der Wechselschuldner erklärt die Absicht, sich zu verbürgen, einem bestimmten Gläubiger gegenüber, außerhalb des Wechsels. Er begründet diesem Gläubiger gegenüber eine wahre, d. i. akzessorische Bürgschaftsverpflichtung, für den gutgläubigen Dritterwerber dagegen eine selbständige abstrakte Wechselforderung. — c) Die offene Wechselbürgschaft (Aval). Der Wechselschuldner gibt die Absicht, sich zu verbürgen, im Wechsel selbst, durch Beifügung eines entsprechenden Zusatzes „per Aval", „als Bürge" zu erkennen. Der Avalist haftet sämtlichen Inhabern des Wechsels nur als Bürge im jeweiligen Umfange der Hauptschuld. Steht der Hauptzeichner zum Gläubiger in kausaler Beziehung, so haftet der Avalist im Umfange des Kausalverhältnisses. Dem gutgläubigen Dritterwerber haftet er im Umfange der abstrakten Schuld des Hauptzeichners. Er kann auch die dem letzteren zustehenden persönlichen Einreden verwerten. Der Wechselbürge ist solidarisch verpflichtet. Jedoch stehen ihm sämtliche Einreden des Hauptschuldners zu. Eine wahre, d. h. auch Dritten gegenüber wirksame Avalverpflichtung erfordere Erkennbarkeit (Mitunterzeichnung, ausdrücklicher Zusatz). Aval des Allein-

zeichners macht den Wechsel nicht ungültig. Jedoch haftet der allein zeichnende Avalist wie ein verdeckter Wechselbürge.

2. Verhältnis zwischen Wechselbürgen und Hauptschuldner. Der Regreßanspruch des Bürgen bestimmt sich nach Maßgabe des zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Kausalverhältnisses. Ein wechselmäßig verfolgbarer Anspruch steht dem Wechselbürgen zu: a) wenn der Bürge zur Zeit der Klagerhebung wechselmäßig legitimierter Nachmann des Hauptschuldners ist. Dies trifft zu: α. wenn er den Wechsel als Nachmann des Hauptschuldners unterzeichnet und auf dem Regreßwege an sich gebracht hat; β. wenn er den Wechsel mit dem Hauptschuldner unterzeichnen und nachträglich auf sich hat girieren lassen. Beide Male ist der Wechselanspruch durch das zwischen den Parteien bestehende Kausalverhältnis bedingt; b) wenn infolge Befriedigung des Gläubigers dessen Wechselrechte nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes auf den Wechselbürgen übergegangen sind. Kraft ziviler Rechtsnachfolge erwirbt der einlösende Avalist Regreßrechte gegen den Hauptzeichner sowie dessen Vormänner, trotzdem er nicht wechselmäßig legitimiert ist.

3. Verhältnis zwischen Mitbürgen. a) Die mehreren Bürgen sind Mitunterzeichner. Der durch Giro legitimierte Mitbürge erlangt vermittels des Wechsels nur die auf die übrigen entfallenden Anteile, nicht die gesamte Wechselsumme. — b) Der eine Bürge hat den Wechsel gleich zu Beginn als Nachmann des anderen unterzeichnet. Der Wechselanspruch, den er nach erfolgter Einlösung erlangt, ist vom Mitbürgschaftsverhältnis unabhängig und geht daher auf das Ganze. Wohl aber muß er das Mitbürgschaftsverhältnis gegen sich gelten lassen, wenn er mit dem Vormann eine Vereinbarung über gemeinsame Verbürgung getroffen hat. Er hat in diesem Falle nur die auf den anderen Teil entfallende Quote zu beanspruchen.

II. Rechtsprechung. (S. zu Artt. 21, 36, 74, 82.) A. Allgemeines. 1. **RG. 48** 214. Der legitimierte Wechselindossatar kann die Wechselklage gegen den Akzeptanten und den Aussteller des Wechsels aus eigenem Rechte anstellen, obgleich er von dem Zwischenindossatare Deckung für die Wechselsumme erhalten hat. Auch sind die Verpflichtungen des Akzeptanten und des Ausstellers durchaus selbständige und bedingen in keiner Weise, daß sie im Prozesse gemeinsam geltend gemacht werden. Beide sind nicht notwendige Streitgenossen.

2. **RG.** R. **02** 399 Nr. 1946, JW. **02** Beil. 234, Holdheims MSchr. **02** 164. Wenn von zwei Wechselschuldnern der eine als Aussteller, der andere als Indossant des Wechsels haftet, so findet keineswegs ohne weiteres § 426 BGB. auf ihre Haftung im Verhältnisse zueinander Anwendung; vielmehr hat nach den Vorschriften des Wechselrechts der Indossant nach Einlösung des Wechsels einen Regreßanspruch gegen den Aussteller. Beide können Entgegenstehendes vereinbart haben, allein eine solche Vereinbarung folgt nicht ohne weiteres daraus, daß beide sich im gegenseitigen Einverständnisse durch den Wechsel verpflichtet hatten, um einem Dritten zu helfen. — Über die Ausgleichungspflicht zwischen Wechselverpflichteten s. auch IDR. **4** BGB. § 426 Ziff. 2.

3. **RG. 51** 23, JW. **02** 135, ElsLothZ. **27** 427. Wenn ein eigener Wechsel die Unterschriften zweier Aussteller trägt, so begründet nach Artt. 81, 49 WO. jede Wechselunterschrift eine selbständige Wechselverpflichtung; es bestehen daher so viele selbständige Wechselverpflichtungen, als wechselmäßige Skripturakte und Wechselschulden bestehen (franz. Recht Artt. 1200 ff., 1285 Abs. 1 Code civil, BadLR.).

4. **a**) Puchelts Z. **05** 159 (Köln). Die wechselrechtliche Bürgschaft ist nicht eine durch die Wechselstrenge verstärkte zivilrechtliche Bürgschaft, vielmehr eine selbständige wechselrechtliche Verbindlichkeit. Zu der zivilrechtlichen Bürgschaft ist

erforderlich, daß das Einstehen für die Schuld eines anderen schriftlich erklärt wird. Die Wechselbürgschaft kommt durch einfache Mitunterschrift zustande, wenn diese zu der Hauptwechselerklärung, der beigetreten werden soll, in solchem örtlichen Verhältnisse steht, daß diese Beziehung ohne weiteres erhellt oder wenigstens aus sonstigen, der Urkunde selbst zu entnehmenden Umständen sich zweifellos ergibt.

b) **RG.** R. **03** 236 Nr. 1248, JW. **03** Beil. 43. Die Wechselbürgschaft ist keine Bürgschaft im Sinne des bürgerlichen Rechtes (BGB. §§ 765, 777).

c) SchlHolstAnz. **04** 102 (Kiel). Durch die Unterschrift eines Wechsels wird die Formvorschrift einer zivilrechtlichen Bürgschaft nicht erfüllt.

d) Über die Wechselbürgschaft vgl. a. BGB. JDR. **4** § 765 Ziff. 2 und die dortigen Verweisungen.

B. Insbesondere die Rechte mehrerer Mitverpflichteten untereinander.

1. **RG.** **50** 12, JW. **02** 26, DJZ. **02** 101, Holdheims MSchr. **02** 42, R. **02** 24 Nr. 101, 79 Nr. 383. Eine Unterschrift per Aval, die wirklich nur eine sog. Wechselbürgschaft enthalten soll, ist nur verbindlich, wenn sich auf dem Wechsel eine und sei es auch nur der Form nach genügende Erstunterschrift befindet, auf die sie sich beziehen kann. Hat die Unterschrift des Beklagten als solche zu gelten, so kann der Hinzufügung der Worte per Aval zu der Annahme nur der Sinn beigelegt werden, daß der Beklagte dadurch zum Ausdrucke bringen wolle, er gebe sein Akzept für eine fremde Schuld. Hiermit ist aber dem Akzept keine Einschränkung im Sinne des Art. 22 Abs. 2 WO. beigefügt, sondern eine Erklärung abgegeben, die nach Art. 21 Abs. 2 als eine unbeschränkte Annahme gilt.

2. **RG.** **48** 152, JW. **01** 518. Für die Regreßrechte mehrerer Avalisten untereinander muß auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes zurückgegriffen werden, weil das Wechselrecht hierüber keine Normen enthält. Die Regreßpflicht des Indossanten aber ist durch das Wechselrecht selbst geregelt.

3. **RG.** R. **03** 459 Nr. 2403, JW. **03** 245, Holdheims MSchr. **03** 156. Übernehmen mehrere Personen die Haftung für eine fremde Schuld durch Wechselzeichnung, ohne dem Gläubiger gegenüber eine zivilrechtliche Bürgschaft einzugehen und ohne ihr eigenes gegenseitiges Verhältnis durch besondere Vereinbarung zu regeln, so sind für ihre Regreßansprüche gegeneinander nur die Vorschriften des Wechselrechts maßgebend.

4. **RG.** **49** 157, **51** 70, JW. **02** 320, HansGZ. **04** Hptbl. 61 (Hamburg). Mehrere Mitaussteller eines eigenen Wechsels haften dem Wechselgläubiger gegenüber auf das Ganze, die Ausgleichungspflicht unter ihnen aber richtet sich nach bürgerlichem Rechte.

5. **RG.** JW. **02** 591. Mehrere Aussteller eines eigenen Wechsels sind im Verhältnisse zu einander zu gleichen Anteilen verpflichtet, ebenso mehrere Wechselbürgen (§§ 426, 774 Abs. 2 BGB.). Löst einer von ihnen den Wechsel nach Verfall ein, so werden die anderen nicht unbedingt von der Wechselschuld befreit. Der Aussteller hat gegen seinen Bürgen überhaupt keinen Anspruch, weil dieser nur dem Gläubiger des Hauptschuldners, nicht auch dessen Mitschuldner gegenüber die Haftung übernimmt.

6. **RG.** DJZ. **05** 962. Der Wechselinhaber erklärt durch die dem Akzeptanten bewilligte Stundung nur, daß er ihn vorläufig mit der Klage verschonen wolle, und verzichtet damit nicht allgemein auf Zahlung zur Verfallzeit gegenüber den anderen Wechselschuldnern, insbesondere dem Aussteller. Dem Wechselinhaber würde nur dann die Einrede der Arglist entgegenstehen, wenn er, um den anderen Wechselverpflichteten Ungelegenheiten zu bereiten, die Zahlung durch den Akzeptanten hintertrieben hätte.

7. OLG. 10 361 (KG.). Ist der Protest verspätet erfolgt, so fällt der aus Art. 81 für die Haftung des Akzeptanten für die Protestkosten sonst zu entnehmende Grund. Diese sind der Wechselklägerin daher nach allgemeinen Grundsätzen dann nicht zu erstatten, wenn der von ihr erhobene Protest sich als überflüssig darstellt (**ROHG.** 5 101).

Art. 82. 1. *Wieland, Der Wechsel. A. Privatrechtliches Verhältnis. Einreden. Der legitimierte Wechselinhaber gilt als gutgläubiger Dritterwerber, d. h. es wird vermutet, daß der Kläger zum Beklagten nicht in kausaler Beziehung stehe. Der erhobene Wechselanspruch ist daher, sofern es dem Beklagten nicht gelingt, seine kausale Beziehung zum Kläger darzutun, ein abstrakter. Der Beklagte kann nur solche Einreden verwerten, aus denen hervorgeht, daß eine abstrakte Forderung nicht oder nicht mehr zu Recht besteht. Hierzu zählen: a) wechselrechtliche, d. i. den Vorschriften der WO. entnommene Einreden: mangelnde Wechselfähigkeit, bösgläubiger Erwerb des Wechsels, Formmängel, mangelnde Legitimation, Präjudizierung, Verjährung, Prolongation, wechselmäßige Zahlung (Zahlung durch den Hauptwechselschuldner); b) zivilrechtliche Einreden: zivilrechtliche Zahlung (Zahlung durch den Regreßpflichtigen), Erlaß, Vergleich, Stundung, Kenntnis von Einreden ex persona indossantis (§§ 11, 12). Hat der Beklagte seine kausale Beziehung zum Kläger nachgewiesen, so vermag dieser mit seinem Anspruche nur durchzudringen, wenn aus dem Kausalverhältnis eine Forderung für ihn hervorgeht. Der Schuldner kann sämtliche Einwendungen aus dem unterliegenden Rechtsgeschäfte vorbringen. Er kann daher geltend machen: α. Mangel, Wegfall des Rechtsgrundes; β. der Rechtsgrund begründet für den Kläger keinen Anspruch (Gefälligkeitsunterschrift); γ. Unwirksamkeit des Rechtsgrundes: αα. Nichtigkeit (unsittliches Geschäft, Wucher, Mangel der speziellen Vertragsfähigkeit, fehlende Form); ββ. Anfechtbarkeit (Irrtum, Zwang, Betrug); γγ. Klaglosigkeit (Spiel und Wette, Differenzgeschäfte); δ. Die Voraussetzungen, unter welchen der Rechtsgrund einen klagbaren Anspruch erzeugen könnte, sind noch nicht eingetreten. Hierher zählt u. a. der Einwand der nicht erhaltenen Valuta (Kauf, Darlehen, exceptio non numeratae pecuniae); ferner der Einwand des Depotwechsels. Dieser ist zwar nicht im Urkundenprozesse, wohl aber im ordentlichen Verfahren (Nachverfahren) zuzulassen.

B. Prozeßrechtliche Verhältnisse, Individualisierung, Substanziierung, Beweislast, Rechtskraftwirkung.

I. In der Erhebung der Wechselklage liegt die Geltendmachung eines abstrakten Anspruchs, welcher durch bloße Berufung auf den formgültigen Wechsel als solcher individualisiert wird. Zu seiner Begründung hat der Kläger bloß die in der Legitimation inbegriffenen Tatsachen darzutun. Tatsachen, aus denen hervorgeht, daß trotz Vorhandenseins der Legitimation ein abstrakter Anspruch nicht zu Recht besteht, hat der Beklagte anzuführen und zu beweisen. Bei Fehlen des Nachweises der kausalen Beziehung wird der abstrakte Anspruch rechtskräftig.

II. Durch Geltendmachen der kausalen Beziehung zum Kläger (der Einrede aus dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte) negiert der Beklagte den abstrakten Anspruch. Gleichzeitig verteidigt er sich anticipando gegen den Anspruch aus dem Rechtsgrunde. Gelingt der Nachweis kausaler Beziehung oder beruft sich der Kläger selbst auf das zugrunde liegende Verhältnis, so wird der wechselmäßige Anspruch aus dem Kausalverhältnisse Streitgegenstand und erwächst in Rechtskraft. Der Kläger hat das unterliegende Verhältnis in derselben Weise darzutun, wie wenn er es in gesondertem Verfahren geltend gemacht hätte. Er hat Leistung der Valuta, Verfall des Anspruchs aus dem Rechtsgrunde zu beweisen (§§ 12, 14, 15, 16).

C. Der Wechsel folgt seinem bestimmten Rechtsgrunde. Er kann daher nicht zur Verfolgung anderweitiger Rechtsgeschäfte verwertet werden. Eine Verwertung des Wechsels für ein Rechtsverhältnis, das die Ausstellung des Wechsels nicht unmittelbar veranlaßt hat, darf nur dann erfolgen, wenn eventuelle Verwertung des Wechsels für diesen Anspruch, den Umständen nach zu schließen, beabsichtigt war, z. B. der Beauftragte darf den Wechsel zur Verfolgung seiner Ansprüche aus dem Auftragsverhältnisse geltend machen.

D. Prozeßrechtliches Verhältnis beim Vollindossament zu Inkassozwecken.

I. Klagt der Vollindossatar z. B. in eigenem Namen, so enthält der Klagegrund eine eigene Wechselforderung des Indossatars. Beruft sich der Beklagte nicht auf das Auftragsverhältnis, so bleibt dieses Streitgegenstand. Nur solche Einreden werden zugelassen, aus denen hervorgeht, daß eine abstrakte Forderung des Indossatars nicht zu Recht besteht. Das Urteil bejaht oder verneint den abstrakten Anspruch des Indossatars.

II. a) Hat der Beklagte das zwischen Indossatar und Indossanten bestehende Auftragsverhältnis klargelegt, so wird der abstrakte Anspruch des Indossanten Streitgegenstand. Der Indossant ist Partei geworden. Der Indossatar ist Vertreter des Indossanten. Der Beklagte darf Einreden ex persona indossantis vorbringen, welche den abstrakten Anspruch des Indossanten negieren. Das Urteil erwächst für und gegen den Indossanten in Rechtskraft. — b) Hat Beklagter außerdem seine kausale Beziehung zum Indossanten dargetan, so wird dessen Anspruch aus dem Rechtsgrunde Streitgegenstand. Die Voraussetzungen desselben müssen vom Indossatar bewiesen werden. Der Beklagte kann sämtliche Einwendungen dagegen vorbringen. Das unterliegende Verhältnis wird rechtskräftig bejaht oder verneint.

2. Marcus, R. **02** 98. Die Behauptung des Akzeptanten gegen den dritten Wechselinhaber, daß dieser bei Erwerb des Klagewechsels davon Kenntnis gehabt hat, daß der Aussteller zur Einlösung verpflichtet sei (exceptio doli im Sinne des Art. 82), ist nur dann erheblich, wenn damit Kollusion zwischen Veräußerer und Erwerber behauptet oder ein zivilrechtlicher Befreiungsanspruch des Hauptverpflichteten damit begründet wird, wenn also der Veräußerer des Wechsels den Erwerber verpflichtete, nicht gegen den Akzeptanten vorzugehen (im Sinne der §§ 328 ff. BGB.). S. **ROHG. 23** 336—339. — Über die exceptio falsi vgl. Vonschott (vor Artt. 75, 76).

3. Rechtsprechung.

I. Absolute Einreden. Über die Einreden der Fälschung s. zu Artt. 75, 76, der Verjährung s. zu Art. 77, der Hinterlegung s. zu Art. 40, s. ferner die Rechtsprechung zu Artt. 4, 17, 23, 36, 74, 81, 87, 96.

a) OLG. **9** 9 (Celle). Das Vorbringen des Beklagten, er habe bei Erteilung des Auftrags zur Einlösung eines Wechsels den Betrag übergeben, ist Bestreiten der Klagebehauptung.

b) **RG.** SächsA. **14** 704, BankA. **4** 142. Wer einen Wechsel, der ihm von dem Inhaber zur Erklärung auf die Echtheit seiner darauf befindlichen Namensunterschrift vorgelegt wird, als echt bezeichnet, während er weiß, daß seine Namensunterschrift gefälscht ist oder doch die Echtheit bezweifelt, macht sich schadensersatzpflichtig. Auch derjenige, welcher einen solchen Wechsel zuerst in gutem Glauben als echt bezeichnet, dann aber die Fälschung erkennt, ist zu alsbaldiger Nachricht an den Vorleger des Wechsels verpflichtet und macht sich, wenn er es nicht tut, schadensersatzpflichtig.

c) **RG.** BayRpflZ. **05** 283, R. **05** 258 Nr. 1242. Eine Ehefrau ist nicht kraft der Schlüsselgewalt befugt, Wechsel mit dem Namen ihres Ehemanns ohne dessen

Willen zu unterzeichnen. Durch Geschäfte, die sie im Rahmen des § 1357 BGB. schließt, verpflichtet sie freilich den Ehemann wechselmäßig, kann ihn aber dadurch nicht in der Verfügung darüber beschränken, wie er diese Verbindlichkeiten erfüllen will.

d) MecklZ. **23** 223 ff., R. **05** 285 Nr. 1391 (Rostock). Der gutgläubige Erwerber eines Wechsels erwirbt mit dem Eigentum an dem Wechsel auch unanfechtbares Gläubigerrecht aus dem Wechsel, gegen ihn ist daher eine Anfechtung der Wechselerklärung wegen Fehlerhaftigkeit ausgeschlossen, einerlei, ob diese ihren Grund in einem Irrtum oder einer widerrechtlichen Beeinflussung des Willens hat.

II. Relative Einreden. **a)** Erlaßvertrag (s. a. unter 2). α. **RG.** BayRpflZ. **05** 303, R. **05** 650 Nr 2728, BankA. **5** 37, HoldheimsMSchr. **05** 257, PuceltsZ. **05** 637. Nach Art. 81 WO. und der zweiten Alternative des Art. 82 WO. wirkt der Vergleich zwischen Wechselgläubiger und Akzeptanten, ebenso wie der Erlaß, nicht notwendig auch für den Wechselaussteller (vgl. § 423 BGB.). Wer die Wirkungen eines Vergleichs über die Personen der Vergleichschließenden hinaus für seine Person in Anspruch nimmt, hat den Beweis dafür zu führen. Unrichtig ist, daß mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit des Akzeptanten ohne Befriedigung des Wechselgläubigers stets auch die des Ausstellers erlischt, der nach Art. 81 WO. für die Zahlung wechselmäßig haftet. — β. **RG.** JW. **03** 187. Vereinbarungen zwischen Akzeptanten über Bezahlung, Prolongation und rechtzeitige Einlösung des Wechsels wirken nur unter den Vertragschließenden und können einem Indossatar nur entgegengehalten werden, wenn der erste Nehmer sie seinem Remittenten oder Indossatar im Namen des Akzeptanten auferlegt (GruchotsBeitr. **46** 137) oder dem Nachmanne beim Erwerbe bekannt war, daß sein Vormann den Wechsel laut Vereinbarung mit dem Akzeptanten entweder gar nicht oder nur unter den erwähnten Vereinbarungen weiterbegeben durfte. — γ. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 257, R. **05** 650 Nr. 2730. Der Vergleich zwischen Wechselgläubiger und Akzeptanten wirkt nicht notwendig auch für den Wechselaussteller. — δ. **RG.** JW. **03** 187. Spieleinwand des Akzeptanten bei Prolongationswechseln gegenüber der Inhaberin der Prolongationswechsel. Ein an denselben Indossatar zur Prolongation gegebenes neues Akzept gilt im Verhältnisse des Indossatars sowohl zum Aussteller als zum Akzeptanten als bloßer Prolongationswechsel. — ε. **RG.** JW. **05** 540, R. **05** 568 Nr. 2352. Die dem Akzeptanten vor Protest bewilligte Prolongation des Wechsels schließt nicht die Gültigkeit des bei Verfall erhobenen Protestes und damit den Regreß gegen die Vormännner des Wechselinhabers aus — ζ. **RG.** **59** 320, JW. **05** 119, PuceltsZ. **05** 312, BankA. **4** 106, R. **05** 650 Nr. 2731. Erläßt der eine der Regreßpflichtigen dem Akzeptanten die Regreßschuld oder schließt er mit ihm ein pactum de non petendo, so werden die anderen Regreßpflichtigen dadurch nicht befreit.

b) Stundung, Prolongation (s. auch Nr. 1 d, e). α. **RG.** JW. **01** 540. Ein Vertrag, durch den ein Dritter den Inhaber eines Wechsels verpflichtet, vor Inanspruchnahme des Ausstellers Deckung in Hypotheken zu suchen, welche der Dritte dem Wechselinhaber zu diesem Zwecke zediert, gibt dem Aussteller die selbständige Einwendung der Stundung, wenn Geschäftsführung ohne Auftrag des Dritten für den Aussteller vorliegt. — β. **RG.** JW. **03** 156. Die Klägerin durfte die Prolongationswechsel nicht in einem anderen Sinne und mit einer anderen Bestimmung nehmen, als sie gegeben wurden (nämlich zur Einlösung und zum Ersatz älterer Wechsel). Tat sie dies dennoch, so eignete sie sich etwas an, was ihr nicht gehörte. Das Recht aus dem Wechsel hat aber den gutgläubigen Erwerb der Urkunde zur Voraussetzung. Dieser fehlt, daher ist die Klage abzuweisen. — γ. **RG.** Holdheims MSchr. **05** 25, PuceltsZ. **05** 312, R. **05** 650 Nr. 2729. Die Ermächtigung, den Namen eines anderen als Wechselunterschrift

(Akzept usw.) auf den Wechsel zu setzen, enthält nicht die gleiche Ermächtigung für einen Prolongationswechsel. — δ. OLG. 7 169 (Hamburg). Die Prolongation eines Wechsels berührt eine begründet gewesene materiell-rechtliche Einrede nicht.

c) Einrede des Gefälligkeitswechsels. OLG. 11 54 Anm. (KG.). Hat der Kläger einen Wechsel aus Gefälligkeit für die Beklagte akzeptiert, so hat diese ihn im Zweifel rechtzeitig mit Deckung zu versehen oder zu befreien. Hieraus folgt jedoch nicht, daß für diese alternative Verpflichtung der Kalendertag der Fälligkeit des Wechsels ein vertragsmäßig bestimmter Erfüllungstag ist, noch weniger, daß die von jener Verpflichtung begrifflich verschiedene Verbindlichkeit der Beklagten zur Erstattung dessen, was der Kläger für sie schon gezahlt hat, an jenem Tage als an einem bestimmten Tage fällig sei; von dieser Erstattungspflicht kann vielmehr überhaupt nicht eher die Rede sein, als der Kläger sein Akzept eingelöst und dies der Beklagten mitgeteilt hat. Auch in der Deckung des Wechsels dem Kläger gegenüber ist die Beklagte in Verzug geraten, da er selbst seine Haftung gegenüber dem Wechselinhaber bestritt, also keiner Deckung bedurfte.

d) Einrede des Sicherheits(Depot)wechsels. α. SeuffA. 59 28 (KG.). Auch wenn der Wechsel dem Inhaber nur zur Sicherstellung einer inzwischen getilgten Forderung indossiert war, ist der Akzeptant zur Zahlung verpflichtet. Die Einrede, daß der Inhaber nur die Rechte eines Pfandgläubigers an der Wechselforderung habe, gehört nicht zu den nach Art. 82 WO. zulässigen. — β. RG. Holdheims MSchr. 05 235, R. 05 568 Nr. 2353, BankA. 5 13. Auch im Falle der Hingabe von Blankowechseln zur Sicherheit etwaiger künftig erwachsender Vertragsstrafen (Kautionswechseln) ist es gegenüber der von dem Gläubiger geltend gemachten ordnungsmäßig ausgefüllten Wechselurkunde Sache des Beklagten, nachzuweisen, daß die Forderung, zu deren Sicherheit der Wechsel gegeben ist, nicht besteht.

e) Einrede der vertragswidrigen Ausfüllung eines Wechselblanketts (Blankowechsel; s. auch Artt. 4, 7, 21). α. RG. 55 337 ff., Holdheims MSchr. 04 163, R. 04 580 Nr. 2571, JW. 03 402. Die abredewidrige Ausfüllung eines Blankoakzepts macht den Wechsel nicht formungültig, sondern gibt dem Geber des Akzepts gegen den Nehmer und jeden bösgläubigen Erwerber nur die Einrede der Arglist mit der Wirkung, daß von diesen Personen der Wechsel gegen ihn, soweit er einen abredewidrigen Inhalt hat, nicht und nur nach Maßgabe des Inhalts, der dem Wechsel der Abrede gemäß hätte gegeben werden sollen, geltend gemacht werden kann (Umwandlung eines Blankoakzepts in einen Domizilwechsel). — β. RG. 45 429, Holdheims MSchr. 00 111, KGBl. 00 24, SächsA. 10 171, ElsLothZ. 25 473. Der Wechselschuldner, der im Wechselprozeß auf Klage des Blankoindossatars rechtskräftig unter Vorbehalt zur Zahlung verurteilt ist, kann im Nachverfahren die Einrede der mangelnden Aktivlegitimation vorbringen, nachdem er gegen den Aussteller und Blankoindossanten ein rechtskräftiges Urteil auf Herausgabe des Wechsels erstritten und auf Grund dessen den Besitz des Wechsels erlangt hat. — γ. RG. JW. 02 399 (37), SeuffA. 58 30, SächsA. 12 734, Holdheims MSchr. 03 24. Der Nehmer eines Blankoakzepts gilt für ermächtigt, entweder selbst durch die Unterschrift seines eigenen Namens einen vollständigen Wechsel herzustellen, oder den Wechsel mit der gleichen Ermächtigung an einen dritten Nehmer weiter zu geben. Die Unterschrift kann auch erst nach dem Fälligkeitstage vorgenommen werden (vgl. Ziff. 4). — δ. OLG. 7 167 (Braunschweig). Wird ein Wechselformular in blanco unterzeichnet, so ist im Verhältnisse zu dritten gutgläubigen Erwerbern anzunehmen, daß der Unterzeichner den Empfänger des Blanketts zur Ausfüllung

ermächtigt hat. Er kann aus Umständen, unter denen seine Blankozeichnung zustande gekommen ist, Dritten gegenüber, welchen diese Umstände fremd sind, die materielle Ungültigkeit seiner Unterschrift wegen mangelnder Willensübereinstimmung selbst dann nicht herleiten, wenn die formale Verpflichtungserklärung auf arglistiges Verhalten des Blankettempfängers zurückzuführen ist. — ε. PosMSchr. 02 116 (Posen). Nur der erste Nehmer und nur vor Begebung des Wechsels ist ohne Befragung des Akzeptanten berechtigt, das Blankoakzept auszufüllen (vgl. Ziff. 3).

f) Einreden aus dem dem Wechsel zugrunde liegenden Rechtsgeschäft.

A. Ungültige (unsittliche, wucherische) Rechtsgeschäfte. α. OLG. 6 220 (Frankfurt a. M.), RG. JW. 03 41, Holdheims MSchr. 03 127, BankA. 2 175. Der Wechsel ist nicht dergestalt von dem ihm zugrunde liegenden Rechtsgeschäft losgelöst, daß, wenn er nicht begeben ist, nicht eingewendet werden kann, daß er aus einer turpis causa gegeben sei, da der Vertrag, aus dem die zugrunde liegende Forderung hervorgegangen sei, gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nichtig sei. — β. OLG. 9 280 (KG.). Die Bestätigung des einem Wechsel zugrunde liegenden wucherischen Geschäfts nach Fortfall der Notlage des Schuldners (§ 141 BGB.) ist mit rückwirkender Kraft gültig. Der Wechselgläubiger kann den Wechsel dann zur Geltendmachung der von dem Beklagten wirksam neu übernommenen Verpflichtungen gebrauchen. Dem Beklagten ist der Einwand der Arglist entzogen.

B. Klaglose Rechtsgeschäfte. Ehemäklervertrag. α. KGBl. 04 73 (KG.); FrankfRundsch. 04 109 (Frankfurt a. M.); BraunschwZ. 04 107 (Braunschweig). Vgl. FrankfRundsch. 38 109 (Frankfurt). Eine klaglose Schuld aus einem Ehemäklervertrage kann auch durch Hingabe von Wechseln oder durch Bürgschaft — auch durch Dritte — nicht rechtsbeständig gesichert werden. Indossiert der Wechselgläubiger den Wechsel an einen gutgläubigen Dritten weiter und erlangt dieser die Wechselsumme vom Schuldner, so muß der erste Gläubiger dem Schuldner den von dem Indossatar erhaltenen Entgelt als Bereichernng herausgeben. — β. Spiel, Wette. RG. JW. 02 Beil. 245, R. 02 434 Nr. 1997. Begibt jemand einen über eine Spielschuld zahlungshalber ausgestellten Wechsel gegen Entgelt weiter, so bereichert er sich ohne Grund auf Kosten des Wechselschuldners, und wenn er die Weiterbegebung vornimmt, um diesem Einreden abzuschneiden, fügt er ihm in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zu. — RG. 52 39, JW. 02 Beil. 254, R. 02 434 Nr. 1997. Jede zum Zwecke der Erfüllung einer Wettschuld von dem Verlierenden dem gewinnenden Teile gegenüber eingegangenen Verbindlichkeit ist wie die Wettschuld selbst unklagbar (§ 762 Abs. 2 BGB.). Auch die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit zur Deckung einer Wettschuld begründet darnach zwischen dem Geber und Nehmer des Wechsels keine Wechselverbindlichkeit. Der Kläger, der Inkassomandatar ist, unterliegt diesem Einwande gegen seine Auftraggeber. — γ. Differenzgeschäfte. RG. R. 04 172 Nr. 855, Holdheims MSchr. 04 27. Läßt derjenige, welcher über die unklagbare Schuld aus einem Differenz(Börsentermin)geschäft einen Wechsel ausgestellt hat, die Ansprüche aus diesem Wechsel im Klagewege von einem Indossatar des ursprünglichen Wechselempfängers gegen sich durchführen, ohne von dem Wechselempfänger vor der Einklagung des Wechsels oder bis zu der zur Befriedigung des Wechselgläubigers führenden völligen Durchführung des Wechselverfahrens die Rückgabe des Wechsels zu verlangen, so ist in diesem Verhalten des Wechselschuldners dem Wechselempfänger gegenüber die freiwillige Erfüllung der Wechselschuld und damit des Differenz- oder Börsentermingeschäfts zu erblicken. Es kann also von dem ursprünglichen Wechselempfänger nicht Erstattung des auf den Wechsel bezahlten Betrags begehren. —

RG. HoldheimsMSchr. **05** 21. Wer auf Grund des § 66 BörsG. die Unwirksamkeit eines Geschäfts geltend macht, hat nur das Vorhandensein eines Börsentermingeschäfts, nicht auch die Nichteintragung der Partei im Börsenregister zu behaupten und zu beweisen. Sache des Gegners ist es, durch Behauptung und Beweis der Eintragung die Wirksamkeit des Börsentermingeschäfts darzutun. Dies gilt auch dann, wenn der Anspruch aus dem streitigen Geschäft in das Gewand einer Wechselforderung gekleidet ist. — δ. Bürgschaft u. a. **RG. 51** 110, ZBlFG. **3** 16, R. **02** 235, 461 Nr. 1129, 2137. Der Mangel der im § 766 Satz 1 BGB. bestimmten Schriftform kann nur die bürgschaftliche Haftung ausschließen, nicht auch die Haftung aus dem, sei es auf Grund formloser Bürgschaftsübernahme erfolgten oder nur eine Verbürgung in Wechselform bezweckenden Wechselversprechen als solchem, weil insoweit die fehlende schriftliche Bürgschaftsform einen in betreff ihrer vom Gesetzgeber erwarteten Wirkung mindestens gleichartigen Ersatz in der Schriftform des Wechsels selber findet. — **RG.** SächsA. **13** 352. Ist ein Akzept für ein Darlehn gegeben, die Darlehnsforderung nach dem Tode des Gläubigers aber einem Miterben überwiesen, so kann dieser den Schuldner wegen seines Akzepts nicht an die Gesamtheit der Erben verweisen, sondern Zahlung der Darlehnsschuld nur fordern, wenn er dem Schuldner sein Akzept oder statt dessen ein Ausschlußurteil aushändigt. Eine Verurteilung hierauf Zug um Zug kann erfolgen, auch wenn der klagende Miterbe zur Zeit des Urteils weder zu der einen noch zu der anderen Leistung imstande ist. — ε. **RG.** JW. **00** 443, ElsLothZ. **25** 423. Eine dem Wechselschuldner unmittelbar gegen den klagenden Trassanten zustehende Einrede aus dem ursprünglichen Schuldgrunde kann wie nach Art. 82 WO., so auch nach dem französischen Wechselrechte gegenüber der Wechselklage erhoben werden (Späing, Franz., belg., engl. WR. 232).

C. Einrede der nicht erfolgten Gegenleistung. α) SchlHolstAnz. **04** 103 ff. (Kiel). Der Akzeptant, der von einem Indossanten mit der Wechselklage belangt wird, hat gegen diesen nicht die Einrede der nicht empfangenen Valuta, da diese nur von dem Wechselaussteller erhoben werden kann. Die Einrede des Wuchers steht ihm nur dann zu, wenn der Vormann des Indossanten — der Remittent — den Wechsel durch ein wucherisches Begebungsgeschäft erworben hat. — β. **RG.** JW. **04** 497. In der Ausstellung oder Annahme von Wechseln liegt zunächst nur die Einziehung der wechselmäßigen Verpflichtung aus diesen Wechseln. Eine daneben hergehende zivilrechtliche Verpflichtung kann aus dem Wechsel niemals geltend gemacht werden. Eine solche ist die Verpflichtung zur Wechselerneuerung. Diese ist ihrem Wesen nach eine zivilrechtliche, sie folgt niemals aus der Unterschrift des Wechsels allein. Durch diese entstehen nur wechselrechtliche Verpflichtungen. Der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner für eine bereits bestehende Schuld an Zahlungs Statt oder zahlungshalber einen ungültigen Wechsel erhält, kann von dem Schuldner einen anderen gültigen Wechsel fordern, wenn es der Schuldner nicht vorzieht, die bestehende Schuld zu bezahlen.

g) Einreden der Zahlung und sonstigen Tilgung (Aufrechnung). α. **RG.** JW. **05** 404, R. **05** 650 Nr. 2732, PuceltsZ. **05** 638. Die Wechselforderung besteht trotz Zahlung weiter, wenn die Wechselurkunde unzerstört und ohne Quittungsvermerk im Besitze dessen verbleibt, der Wechselgläubiger geworden war. Es kann dem Zahlungsempfänger höchstens die Einrede der Arglist eingewendet werden. Diese ist aber nicht begründet, wenn durch Parteiabrede für die Wechselurkunde ein neuer Schuldgrund geschaffen worden ist. — β. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 371 ff., R. **05** 48 Nr. 235. Stehen dem Wechselinhaber mehrere Wechselschuldner gegenüber, so läßt die Zahlung, die von einem dieser erfolgt, die Wechselforderung unberührt, wenn und solange die Wechselurkunde un-

verändert und ohne Zahlungsvermerk im Besitze des Wechselgläubigers bleibt. Die Wechselforderung kann deshalb auch immer noch gegen einen der anderen Wechselschuldner geltend gemacht werden, und diesem steht die Einrede der geleisteten Zahlung nur zu, wenn der Kläger arglistig handelt, nämlich das, was er empfangen hat, noch einmal fordert. — γ. PucheltsZ. **05** 469 (Köln). Die Zahlung oder anderweitige Tilgung der Wechselschuld durch den Aussteller läßt die wechselmäßige Verpflichtung des Akzeptanten regelmäßig unberührt. — δ. OLG. **9** 284 (KG.). Der Schuldner kann seine Behauptung, daß seine Schuld aus dem Wechsel getilgt sei, nur auf Rechtshandlungen stützen, die gegenüber allen Indossataren zusammen vorgenommen sind. Der Einwand der Aufrechnung einer Forderung gegen einen von mehreren Indossataren versagt daher. Denn die mehreren Indossatare sind nur berechtigt, den Wechsel zusammen, wie eine unteilbare Sache geltend zu machen, auf ihr Verhältnis zum Schuldner findet nicht § 420, sondern § 432 BGB. Anwendung. — ε. OLG. **8** 48 (KG.). Der Aussteller eines begebenen Wechsels kann gegenüber dem Zessionar des Akzeptanten vor der Wiedereinlösung des Wechsels seine Forderung gegen den Akzeptanten, selbst wenn sie fällig ist, nicht aufrechnen (BGB. §§ 387, 406). — ζ. **RG. 56** 317, R. **04** 222, JW. **04** 141, BankA. **3** 136. Die Vereinbarung, daß ein Wechsel nur zur Deckung für ein neu abzuschließendes Geschäft dienen und der Empfänger ihn für den Fall, daß es nicht zustande kommt, wieder herausgeben soll, kann nur dahin verstanden werden, daß jede Verrechnung des Wechsels auf die bereits bestehende Schuld ausgeschlossen sein sollte. Begibt der Empfänger den Wechsel aber weiter, so ist dies nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern auch ein Verstoß gegen die guten Sitten. Der Verpflichtete kann aber den Anspruch auf Ersatz des Wertes des Wechsels nicht einseitig aufrechnen. — η. LG. Heidelberg, BadRpr. **05** 64 Nr. 71. Die Befriedigung des Wechselinhabers durch einen Regreßschuldner befreit die übrigen Regreßschuldner nicht. Eine solche Zahlung hat nicht die Kraft, die Wechselobligation notwendig, d. h. mit absoluter Wirkung erlöschen zu machen. — ϑ. **RG.** R. **02** 79 Nr. 384. Wenn zufolge einer Abrede zwischen dem Aussteller und dem Akzeptanten die Verpflichtung des Akzeptanten zur Einlösung des Wechsels von einer Bedingung abhängig gemacht ist, trifft die Beweislast, daß die Bedingung erfüllt ist, den Aussteller, der den Wechsel gegen den Akzeptanten einklagt. — ι. **RG. 52** 303. Der Wechselschuldner kann seine Wechselschuld nicht einseitig mit einer Forderung an den Wechselgläubiger auf Gewährung vertragsmäßig zugesagter Barvorschüsse aufrechnen, sondern nur durch einen Vertrag, da beide Forderungen nach ihrem Grund und Inhalt ungleichwertig sind. — κ. OLG. **10** 371 (Marienwerder). Der Aussteller eines eigenen Wechsels kann dem Wechselanspruche die vom Mitaussteller erklärte Aufrechnung entgegensetzen. § 422 BGB. greift hier gegenüber dem Gläubiger ebensogut wie bei dem Vorliegen eines nicht auf einem Wechsel beruhenden Gesamtschuldverhältnisses Platz (vgl. **RG. 52** 220).

h) Exceptio doli. α. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 371 ff., R. **05** 48 Nr. 235, JBl. **05** 75, Holdheims MSchr. **04** 77. Der Indossatar eines Wechsels kann die Wechselforderung, sobald sein Gläubigerrecht erloschen ist, nicht mehr abtreten. Sein Gläubigerrecht erlischt, wenn er von einem Vormanne Zahlung erhalten hat und deswegen den Wechsel ohne Vorbehalt an diesen ausliefert. Keineswegs hat jedoch die Zahlung an den Wechselinhaber dieselbe Wirkung. Stehen ihm mehrere Wechselverpflichtete gegenüber, so läßt die Zahlung, die von einem der letzteren erfolgt, die Wechselforderung unberührt, wenn und solange der Wechsel selbst unberührt und ohne Zahlungsvermerk im Besitze des Wechselgläubigers bleibt. Die Wechselforderung kann deshalb an sich auch immer noch gegen einen

der anderen Wechselschuldner geltend gemacht werden, und diesem steht die Einrede der Arglist nur zu, wenn der Kläger arglistig handelt, nämlich das, was er schon empfangen hat, noch einmal fordert (**RG.** [3S.] **11** 18, **34** 50). Hiervon hängt ab, ob der Indossatar sein Gläubigerrecht nach Erlöschen der Wechselforderung abtreten kann. — β. **RG.** JW. **01** 753. Das bloße Wissen des dritten Erwerbers, der Akzeptant habe den Wechsel nur aus Gefälligkeit gegen den Aussteller und Indossanten unterschrieben, kann die Einrede der Arglist nicht begründen, da die Gefälligkeit des Akzeptanten ja gerade darin besteht, daß er eine gegenüber dem Dritten verbindliche Wechselerklärung wirklich übernehmen wollte. Anders aber liegt die Sache, wenn der Indossatar, wissend, daß der Indossant dem Akzeptanten gegenüber die Einlösungsverpflichtung übernahm, sich dazu hergibt, einen ihm als unbegründet bekannten Anspruch für Rechnung dessen, von dem er den Wechsel erwarb, zu verfolgen, um dem Akzeptanten seine gegenüber dem Aussteller begründete Einrede abzuschneiden, oder wenn der dritte Erwerber die ihm bekannte Verpflichtung des Ausstellers und Indossanten, den Wechsel zur Verfallzeit selbst einzulösen, auch seinerseits übernommen hat. — γ. **RG.** **57** 388. Einer offenen Handelsgesellschaft steht gegenüber einem in ihrem Namen von einem der Gesellschafter akzeptierten Wechsel die Einrede der Arglist nicht zu, wenn der Wechselinhaber bei dem Erwerbe des Wechsels zwar die Tatsache kannte, aus denen sich die Nichtberechtigung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft zur Akzeptierung ergibt, sich aber der widerrechtlichen Handlungsweise dieses Gesellschafters nicht bewußt war. — δ. **RG.** **23** 137, JW. **01** 189. Zur Begründung der Schadensersatzpflicht aus dem Gesichtspunkte der actio doli genügt das Bewußtsein, daß durch die Fälschung des Wechselakzepts eine Täuschung und durch diese ein Schaden herbeigeführt werden kann, der ohne sie vermieden sein würde. — ε. **RG.** Holdheims MSchr. **04** 227, R. **04** 580 Nr. 2565. Der Indossatar eines handelsrechtlichen Orderpapiers (und Wechsels) handelt nicht unredlich, wenn er die ihm aus dem Indossamente zustehenden Rechte geltend macht, obgleich er bei dem Erwerbe weiß, daß dem Verpflichteten seinem Vormanne gegenüber Einreden zustehen, die er ihm selbst (nach § 364 Abs. 2 HGB., Art. 82 WO.) nicht entgegensetzen kann. Nur wenn der Erwerb der Urkunde mittels Indossaments in der Absicht erfolgt, dem Verpflichteten der ihm gegen den Vormann des Indossatars zustehenden Einreden zu berauben, liegt ein arglistiges Verhalten vor, das den erstrebten Erfolg vereitelt. — ζ. **RG.** Holdheims MSchr. **03** 124, R. **03** 318 Nr. 1771. Befindet sich der Wechselschuldner im Besitze des ganz oder teilweise unberichtigt gebliebenen Wechsels, so kann der aus dem Wechsel, abgesehen von diesem gegenwärtigen Besitze, legitimierte Wechselgläubiger im ordentlichen Verfahren gegen den Wechselschuldner unmittelbar auf Berichtigung der Wechselschuld klagen, falls ihm zur Zeit der Klagerhebung gegen den Wechselschuldner ein Anspruch auf Herausgabe des Wechsels zusteht. Eine erst im Laufe des Rechtsstreits erfolgte Abtretung dieses Anspruchs an ihn legitimirt ihn nicht nachträglich. — η. **RG.** R. **04** 256 Nr. 1244, Holdheims MSchr. **04** 76, BankA. **3** 116. Wenn ein Wechsel nicht zur Tilgung einer Forderung, sondern nur zahlungshalber gegeben wird, so darf zwar der Gläubiger trotzdem von dem Schuldner Zahlung auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses statt auf Grund seiner Wechselverpflichtung begehren, allein grundsätzlich nur gegen Übergabe des Wechsels oder eines Ausschlußurteils. Hiervon wird der Gläubiger nur durch den Nachweis befreit, daß der Wechsel verjährt, ungültig oder nichtig ist. (Ähnlich BraunschwZ. **05** 111 [Braunschweig].) — ϑ. MecklZ. **23** 223 ff., R. **06** 285 Nr. 1391 (Rostock). Aus einem irrtümlich gegebenen oder durch Täuschung erlangten Wechselakzept ist die Anfechtung gegenüber dem gutgläubigen Erwerber eines Wechsels aus-

geschlossen (§§ 119 ff. BGB., Art. 32 EGBGB.). — ι. PosMSchr. **05** 110, R. **05** 681 Nr. 2832 (Posen). Eine Fahrlässigkeit des Wechselerwerbers ist darin, daß er sich nicht nach dem ehelichen Güterrechte der Wechselausstellerin erkundigt, nicht zu finden.

Art. 83. 1. FrankfRundsch. **38** 168 ff., R. **05** 170 Nr. 781 (Frankfurt a. M.). Der Gläubiger, der als Zahlung für eine Kaufpreisforderung vom Schuldner einen domilizierten Wechsel erhalten hat, kann nach Präjudizierung des Wechsels wegen Unterlassung der Protesterhebung bei dem Akzeptanten (Art. 43 WO.) die ursprüngliche, der Wechselbegebung zugrunde liegende Forderung nicht am Gerichtsstande des Wechseldomizils einklagen. Denn die Domilizierung des Wechsels an sich bietet noch keinen hinreichenden Anhalt für die Annahme, daß durch sie auch der Erfüllungsort des zugrunde liegenden Schuldverhältnisses bestimmt werden sollte (Bernstein, WO. Art. 24 Anm. II 5, Staub, WO. Art. 83 Anm. § 31).

2. BraunschwZ. **05** 111 (Braunschweig). Durch das Geben und Nehmen des Wechsels zahlungshalber für eine Mietschuld wird die Geltendmachung der ursprünglichen Forderung aufgeschoben und der Gläubiger so lange gehindert, darauf zurückzugreifen, bis er die geeigneten Schritte zur Einziehung des Wechsels ohne Erfolg getan und der Kläger, daß solches geschehen, bewiesen hatte (**ROHG. 4** 371 ff., **14** 417, **18** 391, **21** 38, **RG. 31** 110, JW. **88** 71, Staub, WO. [4] §§ 25, 26 zu Art. 83).

Art. 87. 1. *Jastrow, FormBuch I 222/225 Art. 87 Anm. 2, Art. 88 Anm. 2c. Der Wechselprotest ist, insoweit er die Beurkundung des an den Protestaten gestellten Begehrens, sowie die Beurkundung einer Ehrenannahme oder Ehrenzahlung enthält, Beurkundung eines Rechtsgeschäfts; im übrigen, namentlich betreffs der Beurkundung des Verhaltens des Protestaten, dagegen nicht. Für die Ausschließung des Notars gilt in ersterer Beziehung § 171 (bei der Ehrenannahme und Ehrenzahlung auch § 170) FGG., in letzterer Beziehung dagegen das Landesrecht. — Betreffs der Form der Protesterhebung und des Inhalts der Protesturkunde enthält die WO. erschöpfendes Recht, neben welchem weder reichs- noch landesrechtliche Vorschriften zur Anwendung gelangen. Dies gilt auch betreffs der Gerichtssprache. Erhält der Notar eine Antwort in einer ihm nicht verständlichen Sprache, so vermerkt er dies, was dieselbe Bedeutung hat, als ob gar keine Antwort gegeben wäre.

2. *Haldy, DJZ. **04** 1038. Soll ein Gerichtsvollzieher eine Protesturkunde über einen Wechsel aufnehmen, an dessen Schicksale er beteiligt ist, z. B. als Wechselschuldner, so muß er den Auftrag weitergeben, unter Umständen dem aufsichtsführenden Amtsrichter Anzeige machen. Der Gerichtsvollzieher ist für diesen Fall kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen (§ 3 GerVollz. GeschAnw. v. 1. 12. 99 — § 76 PrAGGVG. v. 24. 4. 78 — § 156 GVG. —, § 31 Abs. 2 GerVollzO. v. 31. 3. 00). Nimmt er dennoch als Wechselschuldner eine Protesturkunde auf, so macht er sich disziplinarisch strafbar. Gültig ist aber die Protesturkunde trotzdem. Die Gültigkeit der Handlungen ausgeschlossener Amtspersonen wird im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit anders behandelt als in demjenigen der streitigen Gerichtsbarkeit. Für das letztere sind sie nichtig, — bei Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit dagegen gültig. Für Richter und Notare setzen die Gesetze über die freiw. Gerichtsbarkeit diese Folge der Überschreitung persönlicher Kompetenzhindernisse ausdrücklich fest. Auf GerVollz. muß man diese Bestimmungen analog anwenden.

3. *Stranz, Ein Protest gegen den Wechselprotest (Festgabe für R. Koch, Berlin 1903). Der Verf. tritt zunächst für eine Abschaffung des Wechselprotestes

mit folgender Begründung ein. Der Protest sei keine juristisch-technische Notwendigkeit. Seine Beseitigung sei möglich, ohne den Aufbau unseres Wechselrechts zu gefährden. Dies beweise schon die Tatsache, daß er erlassen werden könne. Diejenigen Momente und Bedürfnisse, die ihn geschichtlich entstehen und damals wirtschaftlich notwendig erscheinen ließen, seien heute weggefallen, trotzdem bewahre man die überlebte Form auf. Das Wechselrecht anderer Länder liefere den Beweis, daß für den Wechselverkehr der Protest keine unumgängliche Notwendigkeit sei. So sei in England der Protest bei Inlandwechseln nicht erforderlich, sondern nur anheimgestellt. Auch genüge dort für die Aufnahme des Protestes in den Fällen, in denen er zugelassen oder erforderlich sei, die kurze Protestnotierung. In Belgien, Italien und Rumänien sei der Ersatz des Protestes durch einfache Privaterklärung des Präsentaten zugelassen. Belgien habe die notarielle Form aller Proteste beseitigt und ihre Erhebung ausschließlich den Gerichtsvollziehern und vor allem den Postbeamten (auch Briefträgern) übertragen. — Der Verf. legt sodann eingehend die wirtschaftlichen Gründe dar, die für die Beseitigung des Protestes sprechen. Unser Notariatsprotest verursache unverhältnismäßig hohe Kosten und schädige das Kreditwesen durch Erschwerung des Wechselverkehrs auf Nebenplätzen. Das Mißverhältnis der Kosten zum Objekte sei besonders schreiend bei kleinen Wechseln (in Beträgen bis 150 M.), welche die große Mehrheit aller protestierten Wechsel bilden. Deswegen sei der Protest ein bedeutendes Hindernis für die weitere Verbreitung des Wechsels im gewerblichen Kleinverkehr. Er befördere ein ungesundes Borgsystem und verschwende wirtschaftliche Kraft an unrechter Stelle. In juristischer Beziehung sei für den Wechselverkehr nur ein unantastbarer Beweis für die Tatsache notwendig, daß der Wechsel zur Annahme oder Zahlung vergeblich präsentiert worden sei. Ein solcher Beweis könne aber auch ohne einen formellen kostspieligen Solennitätsakt geschaffen werden. Die juristischen Gründe, die gegen die jetzige Institution sprechen, belegt der Verf. mit zahlreichen Nachweisen und Beispielen aus der Praxis, wonach die Lehre vom Protest ein Augiasstall „fauler Einwände" ist. — Endlich sei aber auch der Verkehr selbst von Anfang an mit dem Wechselprotest unserer Wechselordnung unzufrieden gewesen. Auf eine amtliche Umfrage der Postverwaltung im Jahre 1877 haben 91 Handelskammern es als ein dringendes Bedürfnis anerkannt, daß das Verfahren bei der Aufnahme von Wechselprotesten vereinfacht und die Befugnis zur Vornahme dieses Aktes auf Postbeamte ausgedehnt werde. — Auf Grund aller dieser Erwägungen kommt der Verf. zu folgendem gesetzgeberischen Vorschlag: den Protest mangels Zahlung oder mangels Annahme als notwendige Voraussetzung des Regresses bei Inlandwechseln zu beseitigen und dessen Aufnahme hier nur anheimzustellen. Bei Inlandwechseln ist der Gläubiger befugt, durch eine innerhalb der Präsentationsfrist abgegebene Erklärung des Präsentaten die Weigerung der Zahlung oder Annahme feststellen zu lassen. Für Auslandwechsel soll die Protestaufnahme erforderlich bleiben, freilich in den vereinfachten Formen des Postprotestes. — Der Verf. macht ferner für den Fall, daß die Beseitigung des mittelalterlichen Instituts nicht genügend Anklang finde, eingehende Reformvorschläge, die darin gipfeln, die Protesturkunde zu vereinfachen und vor allem die Notare als Protestbeamte zu beseitigen. Die Protestaufnahme soll in Anlehnung an das bewährte belgische Vorbild den Gerichtsvollziehern oder Postbeamten (Briefträgern) übertragen werden. Dadurch würde man zu einem billigen, einfachen, juristisch und wirtschaftlich wirksam fungierenden Protest gelangen. Es wird ein genaues Formular vorgeschlagen; die Gebühr soll 1 M. bei Wechseln bis zu 100 M. einschließlich und bei höheren Wechseln 1,50 M. betragen. Der Staat haftet dem Auftraggeber für die Pünktlichkeit und formgerechte Besorgung des Protestes. Der Postprotest

sei kein Sprung ins Dunkle, weil die Ergebnisse der belgischen Gesetzgebung sehr günstige seien. Namentlich liege die Einführung des Postprotestes im Interesse eines gesunden Kreditwesens. Die Postbeamten seien auch geeignet für die Übernahme dieser Aufgabe. Der fast einstimmige Wunsch der Handels- und industriellen Kreise sei schließlich auch ein erheblicher Appell an unsere Gesetzgebungsgewalten, endlich mindestens diesen Schritt zu einer Reform des Protestes zu machen.

4. Pallaske, Der Kampf um den Wechselprotest, DJZ. **05** 882. Aus der Natur des Wechsels ergibt sich die Vorschrift der WO., daß das erfolglose Zahlungsbegehren der Wechselsumme innerhalb der gesetzten Frist durch einen solennen Akt, den Protest, festgestellt werden muß und auch die Verabsäumung dieses Aktes, also nicht bloß des Zahlungsbegehrens selbst, den Verlust der Regreßforderung bewirkt. Sie findet sich auch bei weitem nicht in allen ausländischen Rechten. Die völlige Beseitigung des Protestes ist zwar das radikalste, aber auch einfachste und zweckmäßigste Mittel zur Beseitigung der sich aus dem Proteste ergebenden Schwierigkeiten.

5. *Bernstein, Abschaffung oder Reform des Wechselprotestes, DNotV. **04** 298—318. Der Wechselprotest ist juristisch für die Regreßschuld in Hinblick auf deren Natur als Urkundsschuld notwendige Voraussetzung; er ist wirtschaftlich das wirksamste Antriebmittel für die Schuldabtragung und der bestmögliche Nachweis der Wechselnot. — Der Protest gehört auf den Wechsel, er hat inhaltlich nur die Tatsache der Wechselnot und die Person, mit welcher wegen der Wechselleistung verhandelt ist, aufzuweisen. Der Remittent und jeder Indossatar soll durch den Besitz des Wechsels als ermächtigt gelten, die Wechselleistung zu fordern und im Falle der Not den Wechsel protestieren zu lassen. — Zu Protestbeamten sind grundsätzlich Unterbeamte, namentlich Postbeamte zu bestellen.

Weitere Literatur über diese Frage: Cohn, Der Kampf um den Wechselprotest, BankA. **4** 113, 135, 151. — Ders. Vortrag. Berlin, Guttentag 1903. — Horn, Reformbedürftigkeit des Wechselprotestverfahrens, ConradsJ. **29** 525. — Leist, Der Wechselprotest und seine Reform. Berlin 1899. — Martinius, Zur Wechselprotestreform, R. **05** 309.

6. *Keyßner, Die Hinderung der Protesterhebung durch höhere Gewalt, DJZ. **05** 232 ff. Während die Form des Protestes dem Rechte des Protestaufnahmeorts untersteht (vgl. zu Art. 86), ist die Regreßpflicht nach dem Rechte der Handelsniederlassung oder des Wohnorts des Indossanten, beim Indossament mit Ortsangabe nach dem Wechselrechte dieses Ortes zu beurteilen. — Für die Form des zur Erhaltung des Regresses gegen Indossanten notwendigen Protestes ist das Recht des Ortes, woselbst der Protest aufzunehmen ist, maßgebend; die Notwendigkeit des Protestes und die Folgen des unterbliebenen Protestes sind nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, dem der Indossant unterliegt; bei Indossament mit Ortsangabe dem Rechte dieses Ortes, sonst dem der Handelsniederlassung oder des Wohnorts des Indossanten. — Die Hinderung der Protestaufnahme durch höhere Gewalt läßt nach reichsdeutscher Rechtsprechung und dem des obersten österreichischen Gerichtshofs die gesetzlich bestimmten Folgen des Verlustes des Regresses unberührt; dies ist im schweizerischen Obligationenrecht § 813 Abs. 1 und in der RußWRO. vom 27. 5./9. 6. 02 §§ 35, 99 ausdrücklich bestimmt. Nach französischer und italienischer Rechtsprechung steht dem Wechselinhaber die Berufung auf die Hinderung der Protesterhebung durch höhere Gewalt zu; er hat jedoch die Protesterhebung nach Erledigung des Hindernisses nachzuholen. Dies ist wesentlich übereinstimmend in der WO. für Dänemark, Schweden, Norwegen § 92 bestimmt. — Für die Notwendigkeit der Protest-

erhebung gegen den Domiziliaten zur Erhaltung des Anspruchs gegen Akzeptanten oder Aussteller des eigenen Wechsels ist das Recht des Domizils als das des Erfüllungsorts maßgebend. Die russische WO. beläßt ohne Protest gegen den Domiziliaten den Akzeptanten oder Aussteller des eigenen Wechsels in der Wechselpflicht (RußWO. §§ 44, 55, 102, 103).

7. Rechtsprechung. (S. auch Artt. 12, 43, 88, 91.) — **a)** **RG.** R. **05** 624 Nr. 2629, PosMSchr. **05** 111, DNotV. **05** 664. Der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft den mit der Erhebung eines Wechselprotestes beauftragten Gerichtsvollzieher nicht, wenn er unterlassen hat, den Wechselinhaber auf die Notwendigkeit der Durchstreichung des auf den Wechsel geschriebenen Vollindossaments hinzuweisen. Der Gerichtsvollzieher ist zur Entscheidung von Zweifelsfragen des Wechselrechts bei der Protesterhebung weder nach seiner Stellung berufen noch nach seiner Vorbildung befähigt. — **b)** **RG.** BankA. **4** 175, JW. **05** 439, PuceltsZ. **05** 638, DNotV. **05** 577, s. u. Art. 88 Ziff. 8.

Art. 88. I. *Jastrow, FormBuch Art. 88 Anm. 3b (224; s. a. das. 173 zu gg). Im Auftrage zur Protesterhebung liegt eine Ermächtigung zum Empfange der Geldsumme nur dann, wenn der Wechsel mit Quittung des legitimierten Inhabers versehen ist. Ist dies nicht der Fall und erklärt der Protestat, daß er zahlen wolle, aber nicht an den Notar, so muß der Wechselinhaber oder ein zum Zahlungsempfang legitimierter Vertreter in Begleitung des Notars den Wechsel zur Zahlung vorlegen; wenn alsdann keine Zahlung erfolgt, beurkundet der Notar diesen Hergang als Protest.

II. Rechtsprechung. 1. **RG.** JW. **00** 527, GruchotsBeitr. **44** 1087. Schreibfehler in der Wechselabschrift des Protestes, welche Identitätszweifel zu begründen nicht geeignet sind, machen den Protest nicht mangelhaft.

2. **RG.** JW. **04** 562, Holdheims MSchr. **05** 52, BauersZ. **12** 143, ZBlFG. **5** 387 Nr. 328, DNotV. **05** 286, SeuffA. **60** 204, PuceltsZ. **05** 425. Unwesentliche Abweichungen und Ungenauigkeiten in der Abschrift des Wechsels gegenüber dem Wechsel selbst haben die Ungültigkeit des Protestes dann nicht zur Folge, wenn gleichwohl über die Identität des Wechsels und seine Beschaffenheit zur Zeit der Aufnahme des Protestes kein Zweifel besteht. Fehlen des Indossaments des Remittenten in der Abschrift bewirkt Nichtigkeit des Protestes. Übereinstimmend ZBlFG. **5** 794 (Marienwerder).

3. **RG.** **53** 227, R. **03** 161 Nr. 899, 241 Nr. 1351, JW. **03** 67, ZBlFG. **3** 726, Holdheims MSchr. **03** 101, BankA. **2** 111, 127, DNotV. **03** 277. Die Zahlungsaufforderung beim Wechselprotest muß erfolgen an eine zur Entgegennahme dieser Aufforderung legitimierte Person. Im Falle der Kollektivvertretung genügt Zahlungsaufforderung an einen Kollektivvertreter. Deshalb ist ein gegen die Reichsbank erhobener Wechselprotest mangels Zahlung gültig, welcher gegenüber einem Vorstandsbeamten einer Reichsbankstelle ohne Feststellung der Abwesenheit des anderen Vorstandsbeamten aufgenommen ist (§ 38 BankG. 14. 3. 75). AM. Bernstein, WO. 372, Stranz, WO. 331, Walter, Wechselprotest 99, Staub, WO. § 37 zu Art. 88 (der jedoch im § 35 die Protesterhebung gegenüber einem Kollektivprokuristen für genügend erklärt und im Komm. z. HGB. z. § 232 Anm. 12 die Ansicht des RG. ausdrücklich gutzuheißen scheint).

4. **RG.** JW. **01** 308, Holdheims MSchr. **01** 132. Die Beurkundung in der Protesturkunde, daß bei dem angetroffenen Dritten nach dem Bezogenen nachgefragt worden sei, ist, obgleich auf diese Nachfrage keine Antwort erfolgt, oder bei erfolgter Antwort diese in den Protest nicht aufgenommen ist, dahin zu verstehen, daß der Bezogene selbst nicht angetroffen worden sei. Der Protestbeamte

genügt durch eine solche Nachfrage seiner Erforschungspflicht. Einer Durchsuchung der Privatwohnung nach dem Bezogenen bedarf es nicht.

5. **RG.** JW. **01** 308. Ein Protest, der die Feststellung enthält, daß auf eine von dem Protestbeamten an den Ehemann gerichtete Nachfrage nach der Bezogenen keine Antwort erfolgt sei, enthält mit genügender Deutlichkeit die Bemerkung, daß die Beklagte, gegen die Protest erhoben werden sollte, nicht zu finden gewesen sei, und ist gültig.

6. R. **03** 296 Nr. 1616 (Frankfurt a. M.). Wenn in der Protesturkunde bemerkt ist, daß der Domiziliat aufgefordert worden sei, Zahlung zu leisten, und daß er erklärt hat, Deckung sei nicht vorhanden, so ist ein gegen den Domiziliaten gerichteter Protest ausreichend beurkundet.

7. OLG. **5** 95, ZBlFG. **3** 251, 252 (KG.). Ein Wechselprotest gegen einen Exterritorialen (Küchenchef eines fremden Botschafters) in dem exterritorialen Grundstücke darf nicht nach Art. 91 WO. erhoben werden, muß vielmehr den Erfordernissen des Art. 88 WO. genügen. Die Protesterhebung im extorritorialen Grundstück ist mindestens mit Zustimmung des Protestaten möglich (GVG. §§ 18, 19).

8. **RG.** JW. **05** 439[24], R. **05** 624 Nr. 2630. Ein Zeitraum von wenig mehr als einer Stunde vom Eingange des Auftrags zur Protestierung beim Notare bis zum Ablaufe der gesetzlichen Protestzeit ist für zu kurz zu erachten, als daß der Auftraggeber mit Sicherheit auf die rechtzeitige Erhebung des Protestes rechnen könnte.

9. SeuffA. **50** 161, ZBlFG. **6** 794 Nr. 739, BankA. **4** 125 (Marienwerder). Die Identität des protestierten Wechsels mit demjenigen, aus dem auf Grund des Protestes Regreß erhoben wird, muß sich allein schon aus der Protesturkunde und dem Originalwechsel, nicht aus außerhalb liegenden Umständen ergeben; insbesondere muß eine nachträgliche Berichtigung des instrumentierenden Notars unberücksichtigt bleiben.

10. **RG. 45** 120, JW. **00** 296, R. **00** 106, DJZ. **00** 301, SeuffA. **55** 448, ElsLothZ. **25** 475. Der im Auftrage des legitimierten Wechselinhabers für ihn erhobene Protest kann nicht stets deshalb allein für ungültig erachtet werden, weil der Vorname des Protestanten unrichtig angegeben ist.

11. **RG.** JW. **02** 316. Wenn in dem vorgedruckten Passus der Protesturkunde: es wurde daselbst der Akzeptant . . . angetroffen, das Wort „der Akzeptant" durchstrichen ist, so kann daraus entnommen werden, daß der Protestbeamte es nicht für erforderlich gehalten, nach dem Akzeptanten zu forschen, sondern angenommen hat, das Zahlungsbegehren sei nur an die für die Zahlstelle benannte Person zu richten. Es fehlt jedenfalls der deutliche Ausdruck dessen, was Art. 88 Abs. 3 WO. fordert.

Art. 90. *Jastrow, FormBuch I 287, bespricht die Anordnung des preuß. Justizministers v. 30. 3. 00, nach der es zulässig sein soll, das Wechselprotestregister gleichzeitig in mehreren Bänden zu führen. Er hält dafür, daß hierdurch der Zweck des Art. 90 (Verhinderung der Vordatierung von Protesten) vereitelt wird.

Art. 91. 1. **RG.** JW. **03** 51 Nr. 24. Fügte der Akzeptant seinem Namen eine Ortsangabe bei, die nicht sein Geschäftslokal ist, so heißt das, daß wechselrechtliche Akte auch dort vorgenommen werden können. Es liegt Einverständnis über diesen Ort als Protestort vor.

2. **RG.** GruchotsBeitr. **48** 805, JW. **04** 366, DJZ. **04** 84 (Spruchs.), ZBl. FG. **5** 146, Holdheims MSchr. **04** 257, R. **05** 48 Nr. 236, BankA. **4** 29. Ist der Protestat des Wechsels verstorben, so genügt es für den Protest, auch mehrere Jahre nach dem Tode, daß der protestierende Beamte im Sterbehause den Tod

des Protestaten und damit seine Wohnungslosigkeit feststellt, ohne daß die Polizei in Anspruch genommen zu werden braucht. Auch bedarf es in diesem Falle keiner Zahlungsaufforderung.

3. **RG.** JW. **04** 51, SeuffA. **59** 29. Der Wechselprotest ist im Geschäftslokale Ferdinandstr. 25 II erhoben, weil der Akzeptant seiner Unterschrift den Vermerk „Ferdinandstr. 25 II" beigefügt hat. Der Protest ist gültig, selbst wenn das Geschäftslokal nicht das des Akzeptanten sein sollte, weil die Zufügung des Vermerkes dahin aufgefaßt werden muß, daß auch der Akzeptant damit sein Einverständnis mit der Vornahme wechselrechtlicher Akte gegen ihn im Lokale Ferdinandstr. 25 II erklärt hat.

4. ÖstObGH. (PlEntsch.), JBl. **05** 455, Holdheims MSchr. **05** 255. a) Bei nicht domizilierten, aber mit Angabe einer Zahlstelle versehenen Wechseln ist der Protest mangels Zahlung an der im Wechsel angegebenen Zahlstelle zu erheben und zwar gegen den Akzeptanten oder den Aussteller des eigenen Wechsels zu richten. b) Im Falle, daß über das Vermögen des Akzeptanten (Domiziliaten, Ausstellers des eigenen Wechsels) der Konkurs verhängt ist, muß mangels Zahlung beim Kridar protestiert werden.

5. Nach OLG. **1** 340 (KG.) kann die Nachfrage bei der Polizeibehörde zur Aufnahme des Windprotestes wirksam auch vor neun Uhr morgens (dem Beginne der Proteststunden nach § 4 PrEGWO. 15. 2. 1850) vorgenommen werden. Diese Entscheidung ist vom **RG.** JW. **00** 803 aber aufgehoben und ausgesprochen worden, daß die Vorschrift über die Proteststunden auch auf den Windprotest zu beziehen ist (vgl. R. **00** 546 Nr. 956, 957).

Art. 92. BreslauAK. **02** 67 (Breslau). Die Zustimmung eines Handlungsbevollmächtigten zu verspäteten oder verfrühten Protesterhebungen macht den Protest nicht gültig; denn er darf nichts tun, was im Geschäftsbetriebe ungewöhnlich ist.

Art. 94. **a**) Staub, WO. Art. 94. Die unleserliche Handschrift eines Schriftkundigen gilt als Namenszug, weil sie als Schrift und nicht als bloßes Handzeichen gelten will. — **b**) Michels, DJZ. **03** 141 ff. Der Unterschied zwischen Schrift und Handzeichen kann nicht allein in der subjektiven Absicht, zu schreiben oder ein Handzeichen anzufertigen, beruhen, sondern in der äußeren Form, in der diese Absicht sich bekundet.

Art. 95. 1. *Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (61 f.). Hat der falsus procurator nur mit dem Namen des angeblichen Machtgebers unterzeichnet, so haftet er nicht nach Art. 95 WO., sondern nach § 179 BGB. Kennt der Wechselinhaber bei der Erwerbung des Wechsels den Mangel der Vertretungsmacht, so ist ihm gegenüber die Haftung des Vertreters ausgeschlossen, weil es an der die Vertreterhaftung bedingenden Täuschung des Gegners durch die Vollmachtsbehauptung des Vertreters fehlt. Dagegen schließt das bloße Kennenmüssen des Wechselinhabers seinen Haftungsanspruch gegen den Vertreter nicht aus (63, 194, 201). — Im Streitfall hat der Vertreter das Vorhandensein der Vertretungsmacht, nicht der Wechselinhaber deren Mangel zu beweisen. Denn da der Vertreter Vertretungsmacht behauptet hat, muß er diese Behauptung, wie er für sie materiell (durch seine Haftung) einsteht, auch prozessual (durch den Beweis) bewähren (63 f., 211 f.). — Fruchtlose Vorausklage gegen den angeblichen Machtgeber ist nicht Bedingung der Vertreterschaft, wohl aber die ausdrückliche oder stillschweigende (BGB. § 177 Abs. 2) Zurückweisung des Geschäfts durch den Vertretenen (64). — Die Verjährung des wechselrechtlichen Haftungsanspruchs unterliegt den Vorschriften der Artt. 77 ff. WO. Diese Verjährung wird nur durch prozessuale Akte gegen den Vertreter, nicht auch durch solche gegen den vermeintlichen Machtgeber unterbrochen (255 f.).

— Zur Erhaltung des (vollen) wechselmäßigen Regreßanspruchs gegen den Vertreter ist Protesterhebung und Notifikation entweder gegenüber dem vermeintlichen Machtgeber oder gegenüber dem Vertreter erforderlich und genügend (65 f. Anm. 2, 257).

2. *Marcus, R. **00** 10. Die Wechselerklärung, vom Vertreter mit dem Namen des Vertretenen abgegeben, ist wirksam. Vgl. zu § 126 Abs. 1 BGB.

3. *Lehmann, Die Haftung des Akzeptanten aus dem durch einen Stellvertreter vollzogenen Akzept (Berlin 1900) 71 ff. Überschreitet ein zum Akzepte Bevollmächtigter seine Vollmacht in betreff der Wechselsumme oder des Fälligkeitstages, so ist anzunehmen, daß alsdann der Vollmachtgeber gar nicht verpflichtet wird. Die abgegebene Willenserklärung bindet ihn nicht (§ 164 BGB.), und von einer Haftung im Rahmen der Vollmacht kann, weil der wirkliche Umfang der Vollmacht aus dem Wechsel nicht zu ersehen ist, bei dem formalen Charakter des Wechsels keine Rede sein. Der ganze Wechsel ist somit durch Wegfall des vollmachtswidrigen Bestandteils nach Art. 4 WO. ungültig.

4. Rechtsprechung. **RG.** JW. **02** 365, DJZ. **02** 345, GruchotsBeitr. **46** 989, R. **03** 23 Nr. 138. Zur Klagebegründung muß Kläger behaupten und darlegen, daß der angebliche Machtgeber die Erteilung der Vollmacht leugnet. Der unbefugte Vertreter muß für seine Unterschrift einstehen, er haftet also nach der Art seiner Zeichnung, mithin als Akzeptant, wenn er den Wechsel akzeptiert hat. Dagegen kann nicht aus Art. 95 gefolgert werden, daß er schlechthin jedem Wechselinhaber und auch demjenigen zu haften hat, der die Sachlage kannte und in solcher Kenntnis selbst die fehlerhafte Zeichnung veranlaßte.

Art. 96. 1. **RG.** Holdheims MSchr. **01** 253. Eine in der Form eines eigenen Wechsels ausgestellte Urkunde, welche das Wort „Wechsel" nicht im Kontext enthält und deshalb als Wechsel ungültig ist, kann als kaufmännischer Verpflichtungsschein gültig sein.

2. BadRpr. **04** 61 (Karlsruhe). Der Form nach enthält die Ausstellung eines eigenen Wechsels eine Anweisung (Staub Anm. § 8 zu Art. 8 WO., Stranz Anm. 2 zu Art. 4 WO.).

3. **RG. 52** 220. Die Rechte aus einem trockenen Wechsel erlöschen, wenn einer von mehreren Ausstellern oder ein Wechselschuldner, der neben dem Aussteller als Bürge unterzeichnet hatte, den Wechsel nach Verfall einlöst, nicht unbedingt, sondern geben ihm wechselrechtliche Ansprüche gegen die anderen Aussteller, sofern er den Wechsel nicht solvendi, sondern emendi causa eingelöst hat. Das Verhältnis mehrerer Wechselverpflichteten, die an derselben Stelle gezeichnet haben, bestimmt sich nach Zivilrecht, sie sind nach § 426 BGB. daher zu gleichen Anteilen verpflichtet.

4. R. **03** 83 Nr. 412, HansGZ. **02** Hptbl. 300 (Hamburg). Dem Aussteller des eigenen Nachsichtwechsels gegenüber führt die Klagezustellung die Fälligkeit des Wechsels herbei; wird nun der Bürge verklagt, so wird nur ihm gegenüber der Wechsel fällig. Ebenso OLG. 3 174 (Hamburg).

5. OLG. **10** 371 (Marienwerder). Der Aussteller eines eigenen Wechsels kann dem Wechselanspruche die von dem Mitaussteller erklärten Aufrechnung entgegensetzen.

Art. 97. BadRpr. **05** 281, R. **05** 651 Nr. 2734 (Karlsruhe). Ein eigener Wechsel mit dem Zusatz „auf mich selbst hier und aller Orten" enthält alle in den Artt. 96, 97 WO. vorgeschriebenen wesentlichen Erfordernisse, insbesondere auch den als Zahlungsort anzusehenden Ort der Ausstellung. Der Zusatz ist unwesentlich und, da der Zahlungsort bekannt ist, auch nicht geeignet, die Ortsbezeichnung unbestimmt und deshalb den Wechsel ungültig zu machen.

Art. 98. **RG. 47** 156, **JW. 01** 82. Trotz der Ungültigkeit des eigenen Wechsels an eigene Order ist doch ein an eine oHG. unter ihrer Firma an Order einer mit anderer Firma unter denselben Gesellschaftern bestehenden oHG. ausgestellter eigener Wechsel gültig, weil jede Firma für sich Wechselrechte und Pflichten erwerben kann (§ 124 HGB.). Dabei ist nicht entscheidend, ob zwischen den beiden Gesellschaften ein Wechselrechtsverhältnis entstehen kann, wohl aber das Verhältnis zu Dritten, wonach jede oHG. durch ihr Sondergut individualisiert wird und mit demselben an erster Stelle für ihre Schulden haftet.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

